

A «LIBERALIZAÇÃO DO MERCADO ENERGÉTICO EM PORTUGAL» - VERDADEIRA CONCORRÊNCIA?

TIAGO DE CASTRO BAPTISTA

Dissertação de Mestrado em Direito, na área de especialização em Ciências Jurídico – Económicas, para finalização do Ciclo de estudos conducente à obtenção do grau de Mestre, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Porto, realizada sob a orientação do **Exmo. Senhor Professor Doutor José Manuel Nunes Sousa Neves Cruz.**

junho 2014

The creation of new markets is frequently complicated and sometimes even thwarted by ideological enmity, political resistance, fear of uncertainty, or mere ignorance.

RONALD COASE

RESUMO

A liberalização chegou ao setor elétrico apenas há três décadas de anos.

Compreendendo a sua importância para o ordenamento económico europeu, a União Europeia tomou a iniciativa de promover medidas que harmonizassem procedimentos e generalizassem práticas comuns, traduzidas nas diretivas de 1996, 2003 e 2009.

Era recomendada a separação de atividades de produção, transporte, distribuição e comercialização, distinguindo o que se deve manter como monopólio natural (o transporte) do que ganha em ser submetido ao regime de concorrência (produção e venda a clientes finais).

Pretendeu-se com este trabalho demonstrar o caminho político-legislativo tendente à construção de um Mercado Único de Energia que seja efetivamente concorrencial e que promova a eficiência como corolário de uma sociedade equitativa no acesso ao bem escasso que é a eletricidade.

Agora que a escolha de fornecedor de energia está totalmente liberalizada, propomo-nos analisar alguns dos efeitos da entrada de novos comercializadores para os consumidores domésticos avaliando também o desempenho das entidades reguladoras.

ABSTRACT

Liberalization has only reached the electrical sector three decades ago.

Understanding its importance for the European economical order, the European Union took the initiative of promoting measures that would harmonize procedures and generalize common practices, translated into the 1996, 2003 and 2009 directives.

The separation of the activities of production, transport, distribution and marketing was recommended, thereby differentiating that which should be maintained as a natural monopoly (the transportation) from that which benefits from being submitted to the regime of competition (production and sales to end-clients).

With this study we intend to demonstrate the political-legislative way aimed at building a Single Energy Market that is effectively competitive and to promote efficiency as a corollary of a more equitable society in accessing the scarce commodity that is electricity.

Now that the choice of energy supplier is liberated, we propose to analyze its effects on the consumers, but also judge the performance of the regulatory entities.

AGRADECIMENTOS

A execução desta dissertação não seria possível sem o apoio e motivação por parte de um conjunto de pessoas, pelo que não poderia deixar então de prestar algumas palavras de agradecimento.

Em primeiro lugar aos meus pais, Fernando Baptista e Fátima de Castro Baptista, por tudo aquilo que fizeram por mim até hoje, apoiando-me sempre em todas as situações e decisões ao longo da minha vida, assim como por todas as condições que me proporcionaram para a realização da toda a minha formação. Pelos enormes pais que tenho, agradeço-lhes do fundo meu coração e dedico-lhes esta dissertação.

Ao Professor Doutor José Manuel Nunes Sousa Neves Cruz, agradeço pela orientação desta dissertação, pelos conselhos prestados, apoio, confiança, paciência, disponibilidade, grande motivação e espírito crítico que sempre me incutiu.

À minha namorada, Filipa Pires, agradeço a grande paciência que sempre teve comigo, assim como o apoio, carinho e motivação que sempre me deu.

Ao meu irmão, Hélder Baptista, agradeço por toda a nossa amizade, pela constante disponibilidade para ajudar e pelas palavras de apoio que sempre manifestou.

A toda a minha família em geral, pelo apoio e força que sempre me transmitiram.

Aos meus colegas da FDUP, por todo o apoio, amizade e companheirismo ao longo deste percurso universitário. Em especial aos meus colegas Duarte Leal, Daniel Melo e Maria Noronha pela boa disposição e companheirismo.

Por fim, agradeço a todas as pessoas a quem não me referi mas que contribuíram de forma direta ou indireta para a elaboração desta dissertação.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	6
1. INTRODUÇÃO.....	7
1.1. O IDEAL DE UM MERCADO ÚNICO DE ELETRICIDADE NA EUROPA.....	9
2. DO MONOPÓLIO PÚBLICO PORTUGUÊS, AO CONTEXTO DE LIBERALIZAÇÃO EUROPEU.....	12
2.1. ATIVIDADES DO SEN	
a) PRODUÇÃO	18
b) TRANSPORTE	18
c) DISTRIBUIÇÃO	19
d) COMERCIALIZAÇÃO.....	19
2.2. O MIBEL.....	22
a) MODELO ORGANIZATIVO.....	22
b) FUNCIONAMENTO DO MERCADO.....	24
c) OPERAÇÃO E GESTÃO DO SISTEMA.....	27
3. REGULAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO.....	28
3.1. ERSE.....	28
3.2. DGEG.....	30
3.3. INDEPENDÊNCIA E RESPONSABILIZAÇÃO DOS REGULADORES.....	31
4. EFEITOS DA LIBERALIZAÇÃO NO MERCADO PORTUGUÊS.....	34
4.1. CONCENTRAÇÃO DO MERCADO.....	40
4.2. A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES	45
4.3. PODERES SANCIONATÓRIOS DA ENTIDADE REGULADORA...	47
4.4. PREÇOS.....	51
5. DISTORÇÃO À CONCORRÊNCIA.....	59
6. A «LIBERALIZAÇÃO DO MERCADO ENERGÉTICO EM PORTUGAL» - VERDADEIRA CONCORRÊNCIA? ANÁLISE DE RESULTADOS.....	61
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67

ABREVIATURAS

AdC – Autoridade da Concorrência
AT – Alta Tensão
BT - Baixa Tensão
BTE - Baixa Tensão Especial
CE/UE – Comunidade/União Europeia
CAE - Contratos de Aquisição de Energia
CIEG - Custos de Interesse Económico Geral
CMEC - Contratos para a Manutenção do Equilíbrio Contratual
CTC - Custos de Transição para a Concorrência
CUR - Comercializador de Último Recurso
DGEG -Direção Geral de Energia e Geologia
EDP – Energias de Portugal
ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos
HHI - Índice de Herfindahl-Hirschman
MAT - Muito Alta Tensão
MIBEL - Mercado Ibérico da Eletricidade
MT - Média Tensão
OMI - Operador de Mercado Ibérico Único
OMIE - Operador de Mercado Ibérico pólo Espanhol
OMIP - Operador de Mercado Ibérico pólo Português
OM - Operador de Mercado
OS - Operador de Sistema
PRE - Produção em Regime Especial
PRO - Produção em Regime Ordinário
REN - Redes Energéticas Nacionais
RND - Rede Nacional de Distribuição
RNT - Rede Nacional de Transporte
SA - Serviços Auxiliares
SEI - Sistema Elétrico Independente
SEN - Sistema Elétrico Nacional
SEP - Sistema Elétrico de Serviço Público
RT - Regulamento Tarifário
TVFC - Tarifa de Venda ao Cliente Final

1. INTRODUÇÃO

Constitui o acesso à energia, o principal fator de subsistência e desenvolvimento de qualquer sociedade que se evidencie numa era moderna de industrialização e que pretenda um desenvolvimento integrado exponencial e estruturado em todas as suas atividades e nos mais diversos quadrantes políticos e sociais da atualidade.

Partindo desse pressuposto, um outro emerge que é o problema da escassez económica. A energia é um bem escasso, e nesta medida, a sua procura reflete sempre todas as opções que são e têm de ser tomadas de forma multifacetada para que um conjunto de medidas e respostas possam de forma útil, material e efetiva, sustentar a base e o caminho que se pretende seguir para o seu *hoje e amanhã*.

É assim neste contexto, que a presente dissertação pretende equacionar a problemática do mercado de eletricidade na Europa e em Portugal enquanto realidades pensadas e organizadas para a construção de um espaço de mercado que funcione em *unidade e uniformidade*, através de um *leitmotiv* profundamente liberal, concorrencial e competitivo, e, ao mesmo tempo, fazer corresponder a este clima de mudança, mecanismos de equilíbrio com os *players* do antigo sistema monopolista deposedo, de forma a não representar um corte abrupto em esferas jurídicas que atuam e atuaram sob a égide de uma confiança de execução continuada, e que também exigem uma proteção para a sustentação dos seus investimentos, tanto por razões de segurança jurídico-política em relação a *particulares* como também em relação ao próprio *interesse público*.

Desta forma, e para melhor compreender a base de toda esta nota explicativa, é necessário esquematizar o presente trabalho em cinco capítulos fundamentais.

Aos primeiros dois grupos corresponderá uma apresentação concetual que de forma sucinta terá um duplo objetivo analítico. Em primeiro lugar, fazer corresponder uma aproximação à compreensão do processo de liberalização europeu e em Portugal

com a necessidade de finalizar as barreiras monopolista e territoriais, para assim proceder à uniformização de regras comuns nos mercados energéticos, vistas como modelo de desenvolvimento para mercados regionais, que correspondem em sentido figurado a cada um dos seus membros. O 2º objetivo passará por esquematizar uma abordagem simples e sistemática da cadeia de valor do mercado elétrico, os seus diferentes *players*, e o Mercado Ibérico de Eletricidade, compreendendo as funções desempenhadas por cada um, desde a produção da eletricidade à sua comercialização tendo em vista a necessária transição para um mercado concorrencial.

Quanto ao Grupo 3, serão analisadas as funções atribuídas aos reguladores setoriais da área da energia, que substantivamente atuam *ex ante*, e o papel que lhes cabe assumir enquanto instrumentos ativos na promoção e na criação de condições de concorrência, atuando especificamente em setores que estiveram durante muito tempo vedados à iniciativa privada e nos quais que se desenvolveu um processo de liberalização gradual.

O Grupo 4 será composto pela explicação da factualidade vivida em Portugal aquando de todo o processo de liberalização, analisando metodicamente quatro efeitos da liberalização num mercado que se quer mais concorrencial, nomeadamente os níveis de concentração no mercado elétrico, a possível perda de direitos dos consumidores por falta de informação, o aumento da capacidade de intervenção da entidade reguladora e por fim, a evolução dos preços praticados ao cliente final e a forma como o défice tarifário e os Contratos de Manutenção do Equilíbrio Contratual pressionam a evolução das tarifas.

Por fim, no Grupo 5, analisaremos uma Recomendação da Autoridade da Concorrência ao Governo por forma a que o mesmo diligencie no sentido da alteração do mecanismo de revisibilidade CMEC, de modo a que estas compensações se determinem apenas com base em comportamentos eficientes na produção de energia, evitando-se assim o risco de sobrecompensação, que constitui uma situação de distorção da concorrência.

1.1. O IDEAL DE UM MERCADO ÚNICO DE ELETRICIDADE NA EUROPA

Constata-se pela breve análise do mercado de eletricidade português que o mesmo, apesar de agora privatizado na sua totalidade¹, está longe de ser um mercado totalmente liberalizado. Ou seja, a regulação está presente em grande parte da cadeia de valor do mesmo, com grande incidência desde a produção até à distribuição. A comercialização² é, de facto, a área mais liberalizada e menos regulada de todas e onde se pode desenvolver, mais facilmente, um regime concorrencial.

Desde sempre, o setor energético se afigurou como o mais complicado de liberalizar por forma a criar um sistema de mercado perfeitamente concorrencial. Desde logo, pelo conceito estratégico e de soberania que o setor energético constitui para um Estado, seja pela eletricidade constituir um bem público de acesso universal³, seja pelas enormes dificuldades de entrada de empresas a montante da cadeia de valor (produção, transporte, distribuição) pelos grandes investimentos de capital e limitações de estruturas que isso envolve, seja pela natural tendência de integração vertical⁴ (presença em toda a cadeia de valor, desde a produção à comercialização) das grandes empresas que acabam por monopolizar ou cartelizar o sistema. O facto é que as condicionantes a uma liberalização total são imensas e impossíveis de ignorar.

Este caminho penoso de experimentação, de tentativa de concílio entre concorrência e liberalização, por um lado, e interesse público e regulação, por outro, é algo comum a todos os países com uma economia de mercado.

O percursor do caminho da liberalização no setor energético foi o Reino Unido, com as políticas dos governos conservadores de Thatcher. A tendência foi de progressivamente dismantelar os sistemas centralizados e injetar concorrência onde quer

¹ A 14 de fevereiro de 2013 o Estado vendeu os últimos 4,14% de participação que ainda detinha na EDP - Edição de 15 de fevereiro de 2013 do jornal on-line Dinheiro Vivo.

² Conforme o estabelecido no art.º 42.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 29/2006, o exercício da atividade de comercialização e venda de eletricidade consiste na compra e venda de eletricidade para comercialização a clientes finais ou outros agentes, através da celebração de contratos bilaterais ou da participação em outros mercados.

³ Como referem SAMUELSON, P./NORDHAUS, W, "Economia", 19ª Ed., 2011, McGrawHill, p. 45, bem público é um bem não-rival, não-exclusivo e com a característica da indivisibilidade, o que faz com que todo e qualquer indivíduo tenha acesso à mesma disponibilidade do bem público.

⁴ Cf. MOTTA, M., "*Competition policy: theory and practice*", Cambridge University Press, 2004, p.305, para quem a integração vertical se define pela aquisição de uma empresa por outra que esteja num nível superior na cadeia, para poderem conciliar os seus objetivos e assegurarem uma posição mais forte no mercado.

que tal se afigurasse viável⁵. Em curto prazo, os custos reduziram-se radicalmente, os investimentos em indústrias produtoras (principalmente de ciclo combinado⁶) e o número de comercializadores a competir por clientes proliferaram para tender, de seguida, a consolidarem-se.

Nos EUA, o caminho tem sido curioso e repleto de surpresas, o que vem apenas revelar as dificuldades estruturais que podem variar de caso para caso. O caminho americano tem sido o de uma aposta na desregulação e o que se tem verificado desde 1991 tem sido um aumento considerável dos preços, consumidores sem hábito de mudar de empresas e, além disto, e muito mais grave, ocorrências de cartelização (Califórnia 2000), picos de preços, falência de alguns distribuidores e apagões. O ponto de situação é que 26 estados não desregulam, 7 adiam o processo e 8 dos 17 já desregulados já começam a debater mudanças.⁷

Já no caso da União Europeia, que é aquele que nos concerne diretamente, sujeitos que estamos às diretivas comunitárias, o caminho tem sido o de uma liberalização progressiva, onde possível, mas também de regulação tendo principalmente em vista evitar situações de concorrência desleal e manipulações de mercado.

As primeiras diretivas de liberalização do setor aparecem em 1996⁸ a abranger primeiro o setor de comercialização, obrigando-se à desregulação dessa área e ao desmantelamento dos monopólios públicos aí localizados. Também veio obrigar a que na área do Transporte⁹, as empresas a operar sejam independentes, pelo menos no plano da gestão, de outras atividades (como a produção e a comercialização) e que na Distribuição haja a designação de um Operador com separação contabilística, caso seja uma empresa com presença noutras áreas da cadeia.

Com esta diretiva de 96, a separação contabilística passou a ser requisito mínimo exigido. Tal veio a revelar-se de uma enorme importância porque existe sempre o risco de

⁵ Como observa NEWBERY, D. M., *Privatization, restructuring and regulation of network utilities*, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 2000, p. 239, o modelo inglês de separação vertical de quatro distintas atividades transformou-se num modelo de referência.

⁶ O ciclo combinado ou cogeração é um processo de produção e utilização combinada de calor e eletricidade, proporcionando o aproveitamento de mais de 70% da energia térmica proveniente dos combustíveis utilizados nesse processo.

⁷ Assim sucedeu, por exemplo, nos Estados Unidos, na sequência das crises da Califórnia (2000-2001) e, sobretudo, do *blackout* de 2003. Cfr. JOSKOW, P. L., "California's electricity crisis", in <http://web.mit.edu/ceer/www/2001-006.pdf> (16-07-07)

⁸ 1ª Diretiva da Eletricidade: Diretiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de dezembro de 1996, que estabelece as regras comuns para o mercado interno da eletricidade (JO L 27 de 30.1.1997, p. 20)

⁹ Sobre a atividade de transporte, v. PIAZUELO, C., *El transporte de energía eléctrica (régimen jurídico de la nueva regulación de la energía)*, Madrid, Civitas, 1997.

ser possível a uma companhia alocar custos indevidamente em sua vantagem, uma vez que atividades comuns com custos partilhados permitem uma alocação desproporcionada desses custos ao negócio de rede.

Outra diretiva importante que se seguiu foi a de 2003¹⁰, em que veio trazer regras comuns para a geração, transmissão, distribuição e fornecimento e veio exigir, desta vez, a separação legal como requisito mínimo. Ou seja, a rede tem de ser propriedade de uma empresa cuja única atividade seja a operação e propriedade da rede. No entanto, é necessário ter-se consciência de que a empresa pode ser uma subsidiária de uma *holding* que pode ser, por sua vez, proprietária de empresas de geração ou de comercialização. E é isto que acontece precisamente, por exemplo, com a EDP ou com a REN, em diferentes setores.

O problema de ocorrer alocação indevida de custos não deve assim acontecer, uma vez que companhias que sejam legalmente independentes têm de ter recursos humanos, procedimentos e edifícios separados.

No entanto, como as empresas são parte da mesma *holding*, poderão sempre ocorrer incentivos para que a empresa de Rede trate a empresa de Geração ou Comercialização da mesma *holding* de forma preferencial em relação às outras empresas (não pertencentes à *holding*)¹¹.

O último pacote de liberalização do setor a nível europeu, que data de 2009¹², teve em vista, principalmente, promover a produção e consumo das energias renováveis, o reforço da separação das atividades de produção e fornecimento, da gestão da rede¹³, a instituição da Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia, e uma maior garantia do acesso pela possibilidade de aumento de investimento de empresas de menores dimensões no mercado elétrico. Cabe ainda referir, que este "terceiro pacote legislativo para a energia" é extremamente ambicioso. Conhecido pela sua estratégia 20-20-20, pretende dar um novo impulso à UE no sentido de fortalecer o seu mercado único em termos de competitividade, sustentabilidade e

¹⁰ 2ª Diretiva da Eletricidade: Diretiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003, que estabelece as regras comuns para o mercado interno da eletricidade (JO L 176, de 15.07.2003, p. 37-56)

¹¹ Sobre a passagem da exigência comunitária da separação de gestão, em 1996, para a imposição de separação jurídica, em 2003, cfr. CHEBEL-HORTSTMANN, *La régulation du marché de l'électricité (concurrence et accès aux réseaux)*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 146.

¹² 3ª Diretiva da Eletricidade: Diretiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 2003/54/CE (JO L 201/55 de 14.08.2009, p. 7-23)

¹³ Tendo em conta que o *Unbundling* não foi igual em todos os Países. Por exemplo, a companhia francesa *Électricité de France* integrava a produção e a gestão da rede elétrica.

combate às alterações climáticas. Nestes termos, é objectivo até 2020, em matéria de energia, reduzir em 20% as emissões de gases com efeito estufa¹⁴, aumentar em 20% o consumo de energias renováveis (salientando assim a importância da aposta no *mix* energético)¹⁵ e, por fim, aumentar em 20% a eficiência energética¹⁶.

Ora, o desmembrar operado em toda a atividade do setor elétrico a nível europeu (*unbundling*)¹⁷ e o florescimento de atomicidade horizontal na fase da produção e comercialização (*splitting*) que antes se encontrava verticalmente integrada em monopólios públicos, permite potencialmente a criação de um tecido empresarial e *know-how*, combinados em estruturas organizadas de concorrência nacional e transnacional, aumentando a transparência e diminuindo custos para os consumidores, salvaguardando maiores garantias de segurança e competitividade do abastecimento pelo aumento da potência instalada, com o intuito de permitir um crescimento duradouro e efetivo que embora tenha surgido de forma tímida, tem manifestado uma atividade cada vez mais dinâmica e fortalecida¹⁸, à medida que a UE se defronta também com mais desafios para a sua política energética.

2. DO MONOPÓLIO PÚBLICO PORTUGUÊS, AO CONTEXTO DE LIBERALIZAÇÃO EUROPEU

Até ao 25 de Abril de 1974¹⁹, as atividades de produção e transporte de eletricidade integravam as atribuições do Estado, enquanto serviço público, cuja obrigatoriedade de prestação aquele transmitia a empresas privadas mediante a celebração de contratos de concessão. A atividade de distribuição era da responsabilidade dos municípios, reservando-se a regulação do setor a um departamento ministerial.

A entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de Abril, nacionalizou

¹⁴ Cfr. Diretiva 2009/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril.

¹⁵ A aposta na energia renovável visa cumprir de forma convergente os três pilares da política energética europeia: A segurança do abastecimento, a sustentabilidade e a competitividade.

¹⁶ Comunicação COM(2009) 519 Comunicação da Comissão ao conselho de 7 de Dezembro de 2009.

¹⁷ GONÇALVES, PEDRO [*Regulação, Eletricidade e Telecomunicações*], Coimbra Editora, 2008, p. 76.

¹⁸ Como são os casos presentes do MIBEL, Pentilateral Forum da Europa do Norte e o Heptalateral Forum na Europa Central e de Leste.

¹⁹ VITAL MOREIRA, [*Os caminhos da privatização da Administração Pública - Serviço Público e Concorrência. A Regulação do sector eléctrico*], Coimbra Editora, 2001, p.237 ss.

13 empresas do setor elétrico (produção, transporte e distribuição), fundindo-as numa única, a "Eletricidade de Portugal", abreviadamente EDP - Empresa Pública²⁰, à qual foram atribuídos direitos exclusivos, criando-se assim um monopólio público verticalmente integrado²¹ no qual todas as atividades da cadeia de valor da eletricidade estavam entregues a uma empresa pública - EDP, que ficaria incumbida de toda a gestão e responsabilidade do setor elétrico nacional, desde a produção à comercialização, com total entrega do serviço público como meio e fim último da razão de *ser* e de *prestar* do Estado enquanto único e legítimo detentor dos meios de produção.

Com a revisão constitucional de 1989, motivada em grande parte pela então recente entrada de Portugal na CEE em 1986, procedeu-se à alteração da estrutura empresarial do Estado, manifestando uma vontade de abertura e flexibilização do mercado elétrico aos privados (lei dos setores²²), tendo em vista uma mudança de ordem económica e social inversa àquela inicialmente pretendida aquando do processo de nacionalizações.

Esta abertura do setor ao investimento privado, como reforço da capacidade competitiva do país, conjugada com a crescente vontade (europeia) de implementar um mercado único no setor da energia - cristalizada na Diretiva 90/547/CEE do Conselho, de 29 de outubro, relativa ao trânsito de eletricidade nas grandes redes -, foram decisivas para a transformação do setor.

Ora, permitir o surgimento da ideologia liberal na economia e sociedade seria finalizar a visão e a psicologia estrita, convergente e territorial do setor público, criando a condição necessária à coexistência do setor privado e cooperativo na titularidade dos meios de produção como visão alargada e reforçada da prossecução de objetivos de maximização de eficiência económica e social²³.

²⁰ Criada pelo Decreto-Lei n.º 502/75, de 30 de junho.

²¹ Em regime de monopólio puro, isto é, existência de uma única entidade com responsabilidade perante todo o setor elétrico.

²² A publicação do Decreto-Lei n.º 449/88, de 10 de dezembro veio alterar a Lei de Delimitação dos Setores (Lei n.º 46/77, de 8 de julho), eliminando da redação do seu art.º 4.º, a proibição de acesso, por empresas privadas, às atividades económicas de produção, transporte e distribuição de energia elétrica para consumo público.

²³ ARAÚJO, FERNANDO, [Introdução à economia], Vol. 1º, 2ª edição, 2004 pp. 48 e ss. "*A escassez é igualmente condicionante de conflitos de fundo, como aquele que se regista entre os valores da eficiência e da justiça: é que a prioridade dada à eficiência significa que o emprego de meios é avaliado em termos de maximização, ou seja, de capacidade de obter o maior rendimento possível a partir de um determinado conjunto de meios (caracterizando-se genericamente a eficiência como a afetação de recursos aos seus empregos com o máximo valor relativo); e essa prioridade implica orientações políticas muito diversas daquelas que seriam ditadas por uma primazia conferida à justiça, na qual o que conta é primordialmente a forma como o rendimento é repartido, a forma como a igualdade é verificada nas comparações*

Deste modo, o processo de desintegração vertical²⁴ do setor elétrico foi efetuado em três fases para permitir a separação gradual da sua atividade, definindo o acesso de terceiros às redes como garantia de fomento à existência de uma multiplicidade de agentes de mercado e a consequente melhoria da qualidade do serviço e competitividade dos preços. Por fim, a criação de entidades reguladoras independentes (do poder político) como salvaguarda do bom funcionamento concorrencial e atomístico do mercado, fiscalizando e evitando abusos de posição dominante, mais concretamente na parte da cadeia de valor que necessariamente tem de operar em regime de monopólio natural²⁵, não permitindo a discriminação de preços e salvaguardando a qualidade do serviço prestado e a segurança do abastecimento.

Na sequência da revisão operada em 1989, o "pacote legislativo"²⁶ de 1995 (que procurou anteceder a diretiva europeia da eletricidade 96/92/CE) proporcionou a primeira operação de parcelamento do setor elétrico português tendo em vista toda esta transformação dos princípios, que agora mais que necessários se tornavam um verdadeiro imperativo, sem contudo querer representar um verdadeiro corte com a estrutura de cariz económico-social do passado, ou seja, sem querer abandonar por completo um regime de serviço público.

Assim sendo, a solução mais apaziguadora seria a constituição de um dualismo entre um sistema elétrico de serviço público (SEP) e um sistema elétrico independente (SEI), que funcionando de forma articulada e

intersubjetivas de resultados distribuídos, independentemente da dimensão total daquele rendimento cuja maximização é o alvo da eficiência."

²⁴ "Entende-se por desintegração vertical (Unbundling) o processo de separação das atividades presentes na cadeia produtiva do sector, neste caso elétrico, em atividades asseguradas por entidades independentes. A desintegração horizontal corresponde à participação de vários intervenientes na mesma etapa da cadeia de valor." cfr. [O setor da eletricidade em Portugal - O papel da EDP Soluções Comerciais], LOURENÇO, MARIANA ISABEL DIAS, Coimbra Editora, 2010, p.142.

²⁵ "Os monopólios existem essencialmente por uma de duas razões. Uma é existirem economias de escala na produção de forma que os custos médios de produção diminuam com níveis crescentes de produção tornando-se potencialmente mais vantajoso que exista uma única empresa no mercado. Outra é existir regulamentação pública ou outras formas de barreiras à entrada que impeçam eventuais concorrentes de entrarem no mercado, mesmo em condições de custos de produção constantes. O primeiro caso é usualmente designado por monopólio natural e o segundo pode ser designado por monopólio "artificial". PEREIRA, P. T., AFONSO, A., ARCANJO, M., SANTOS, J. C. G., [Economia e Finanças Públicas], 3.ª Edição, Escolar Editora, pp. 61 a 63.

²⁶ Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de julho - bases gerais da organização do setor (atualizado pelo Decreto-Lei 29/2006 de 15 de fevereiro), Decreto-Lei n.º 183/95, da mesma data - regime de produção de eletricidade, Decreto-Lei n.º 184/95, da mesma data - distribuição, Decreto-Lei n.º 185/95 da mesma data - transporte e Decreto-Lei 187/95 da mesma data para criação de uma entidade reguladora do setor - a ERSE.

complementar formalizaram no seu conjunto todo o sistema elétrico português.²⁷

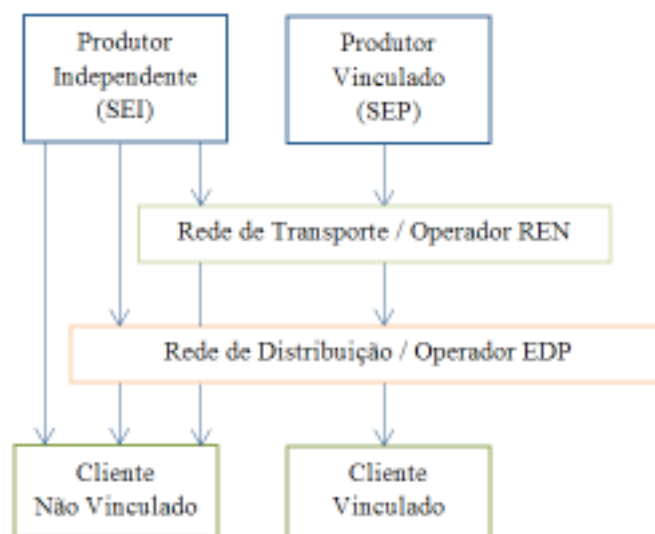


Figura 1 – Modelo do SEN na década de 90
(fonte: portal ERSE (adaptado))

No ano de 2003, surgiu o segundo pacote legislativo europeu em matéria de eletricidade, com a publicação da Diretiva 2003/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho, que aprofundou as regras comuns para a construção de um mercado único e revogou a Diretiva de 1996, e o Regulamento (CE) 1228/2003, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2003, relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de eletricidade. O conceito de *unbundling* apareceu aqui reforçado, introduzindo-se ainda a liberalização da atividade de produção, assim como a figura do fornecedor de último recurso e o acesso regulado à rede por via de tarifas.

Esta fase foi, diga-se, rica em alterações legislativas que implicaram modificações relevantes ao modelo de setor que até então se conhecia.

A Diretiva 2003/54/CE foi transposta para o ordenamento jurídico nacional através da aprovação e publicação do Decreto-Lei n.º 29/2006²⁸, de 15 de fevereiro, que estabelece as bases gerais da organização e funcionamento do SEN, bem como as

²⁷ Neste sentido, cf. VITAL MOREIRA [Os caminhos da privatização da Administração pública - Serviço público e concorrência. A regulação do sector eléctrico], Coimbra Editora, 2001, pp. 239 e 240.

²⁸ Alterado pelo Decreto-Lei n.º 104/2010, de 29 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de junho, pelo Decreto-Lei n.º 75/2012, de 26 de março, pelo Decreto-Lei n.º 112/2012, de 23 de maio e pelo Decreto-Lei n.º 215-A/2012, de 8 de outubro.

bases gerais aplicáveis ao exercício das atividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade e à organização dos mercados de eletricidade.

Este diploma foi complementado pelo Decreto-Lei n.º 172/2006²⁹, de 23 de agosto, que desenvolve os princípios constantes do Decreto-lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro.

Finalmente, publicou-se em 2009 a Diretiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho (terceiro pacote para a energia)³⁰ que, não alterando substancialmente o quadro legislativo nacional e, logo, a configuração do setor elétrico, tratou de estabelecer medidas tendentes à eliminação de obstáculos à venda de eletricidade em igualdade de condições, reforçando a supervisão reguladora, através da criação de um regulador supranacional.

O Decreto-Lei n.º 29/2006 e o Decreto-Lei n.º 172/2006, apesar das alterações sofridas entretanto, em virtude, nomeadamente, da publicação (e transposição) da supra mencionada Diretiva de 2009, constituem ainda hoje o quadro legal de referência do setor eléctrico que, atualmente, assume a configuração seguinte:

²⁹ Alterado pelo Decreto-Lei n.º 237-B/2006, de 18 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 199/2007, de 18 de Maio, pelo decreto-Lei n.º 264/2007, de 24 de julho, pelo Decreto-lei n.º 23/2009, de 20 de janeiro e pelo Decreto-Lei n.º 215-B/2012, de 8 de outubro.

³⁰ Transposto para o ordenamento jurídico nacional através do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de junho, este pacote inclui os seguintes diplomas, de 13 de julho de 2009: (i) Diretiva 2009/72/CE, referente às regras comunitárias para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva 2003/54/CE (a Diretiva “Eletricidade”); (ii) Regulamento CE n.º 714/2009, sobre as condições de acesso às redes para o comércio transfronteiriço de eletricidade e que revoga o Regulamento CE n.º 1228/2003, (iii) Diretiva 2009/73/CE referente às regras comunitárias para o mercado interno do gás natural (GN) e que revoga a Diretiva 2003/55/CE (a Diretiva “Gás”); (iv) Regulamento CE n.º 715/2009 sobre as condições de acesso à rede de transmissão do GN e que revoga o Regulamento CE n.º 1775/2005; e (v) Regulamento CE n.º 713/2009, que regula a criação de uma Agência de Cooperação das Entidades Reguladoras de Energia.

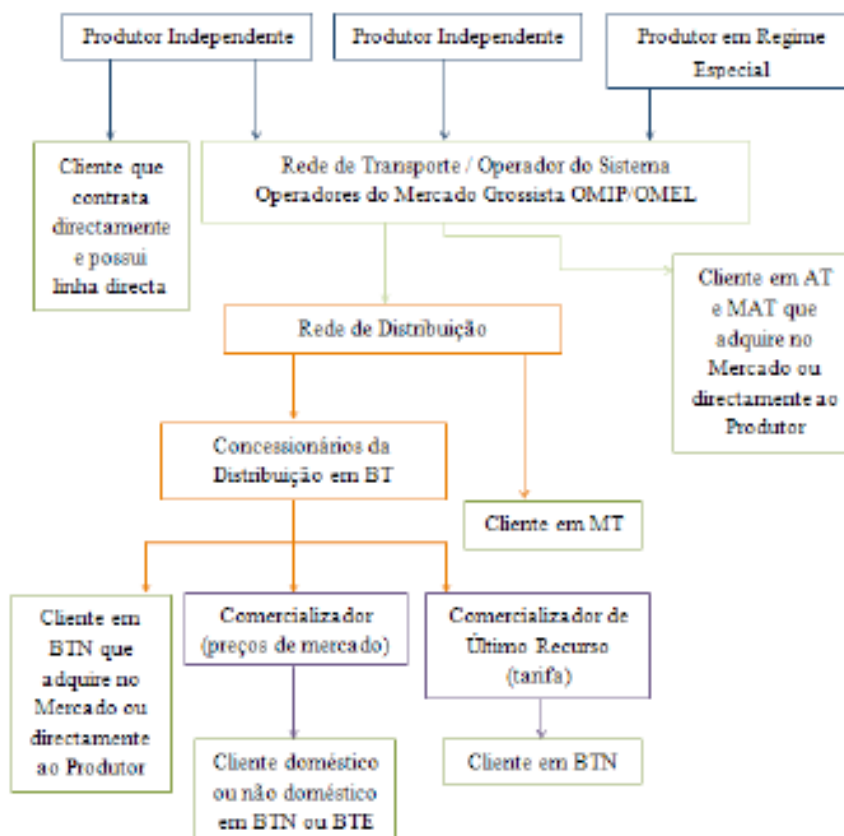


Figura 2 – Modelo simplificado da organização atual do SEN
(fonte: Castro, 2009)

O atual SEN engloba as seguintes atividades, desenvolvidas com observação da obrigação de serviço público e de forma independente e, como tal, analisadas, em termos muito sucintos, também separadamente: produção ³¹, transporte ³², distribuição ³³, comercialização ³⁴, operação dos mercados organizados de eletricidade ³⁵ e operação logística de comercializador ^{36 37}.

³¹ Secção I do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, e Capítulo II do decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto.

³² Secção II do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, e Capítulo III do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto.

³³ Secção III do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, e Secção III do Capítulo III do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto.

³⁴ Secção IV do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, e Capítulo IV do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto.

³⁵ Secção IV do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, e Capítulo IV do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto.

³⁶ Cfr. a redação atual do artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro.

³⁷ Artigo 78.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, e Secção V do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto.

2.1 - ATIVIDADES DO SEN

a) Produção

A produção da eletricidade é exercida em regime livre, isto é, pauta-se pela livre concorrência permitindo a qualquer interessado a possibilidade de produzir energia eléctrica mediante a atribuição de uma licença administrativa³⁸. De um monopólio de serviço público e de planeamento centralizado como função de Estado, passou-se à possibilidade da existência de uma pluralidade de centros eletroprodutores com o intuito de criar as condições necessárias tanto para o desenvolvimento das chamadas energias renováveis, como também, permitir do lado da fase da comercialização, que também é livre, aumentar a possibilidade de escolha para a compra de energia, e desta forma, no longo prazo, permitir uma regulação de preços pelo próprio mercado.

Temos então dois tipos de produção estipulados no Decreto-Lei n.º 29/2006 (com as alterações do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de junho): Produção em regime ordinário e produção em regime especial.

A produção em regime ordinário (PRO)³⁹ corresponde pela delimitação negativa da noção, à eletricidade produzida por fontes térmicas convencionais de energia como carvão, gás e fuelóleo.

Por outro lado, a produção em regime especial (PRE) é aquela que assenta na utilização de fontes endógenas ou em processos de cogeração⁴⁰. O seu quadro normativo assenta num regime de incentivo em relação à PRO de forma a potenciar a introdução e proliferação dos seus centros eletroprodutores. Assim, o regime especial confere a garantia do direito de venda de toda a energia produzida⁴¹, com prioridade de "injeção" na rede e conjugado com um regime remuneratório fixo, "*feed-in-tariff*", estipulado de forma administrativa, para não permitir o abandono de projetos cujo investimento é muito elevado.

b) Transporte

O transporte envolve uma dimensão nacional, que se caracteriza pela

³⁸ Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto.

³⁹ Art.º 17º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro com as alterações do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de junho.

⁴⁰ Art.º 18 do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de junho.

⁴¹ Art.º 20 do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de junho.

transferência da energia elétrica desde os centros eletroprodutores até à rede de distribuição, por uma Rede Nacional de Transporte (RNT) com separação jurídica e patrimonial do restante SEN⁴². É assegurada em regime de concessão de serviço público e de exclusividade pela Rede Elétrica Nacional (REN, S.A⁴³) uma vez que a rede de transporte, por razões económicas e ambientais, tem de funcionar sob a forma de monopólio natural (como em qualquer outra indústria de rede)⁴⁴ em Alta (AT) e Muito Alta tensão (MAT), estando assim obrigada, a obedecer a padrões de não discriminação, transparência e de qualidade, estipuladas no Regulamento da Rede de Transporte⁴⁵ e no Regulamento da Qualidade de Serviço (RQS).⁴⁶

c) Distribuição

A distribuição de eletricidade, à semelhança do que acontece com a RNT, encontra-se sujeita a uma concessão de serviço público (atualmente atribuída à EDP Distribuição). É efetuada por uma Rede Nacional de Distribuição (RND) em AT e MT e tem como função direcionar o fluxo elétrico recebido da RNT para as autarquias e os grandes centros de consumo em BT, ou seja, os consumidores *latu sensu*.

d) Comercialização

Por fim, a comercialização corresponde à atividade (separada juridicamente das restantes) de entrega de energia elétrica aos consumidores finais em regime de livre concorrência, fixação de preços e condições de entrega. Tal não se traduz na obrigatoriedade da titularidade de uma qualquer infraestrutura física ligada à rede (garantida pelo direito de acesso),⁴⁷ existe antes uma aquisição da energia em mercado (à vista ou a prazo) para a satisfação das necessidades de consumo dos clientes.

⁴² Art.º 21 do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro com as alterações do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de junho.

⁴³ Com planeamento, operação e implementação técnica global do sistema. Decreto-Lei n.º 29/2006 de 15 de fevereiro.

⁴⁴ Na verdade, seria inconcebível a multiplicação desmesurada de redes de transporte de eletricidade sob o ponto de vista económico, ambiental e até pragmático. Cfr. KOCH, H., "*Control and governance in the restructured electricity industry*", Florida State University Law Review, vol. 27, 2010, p. 159.

⁴⁵ Portaria n.º 596/2010, de 30 de julho

⁴⁶ Despacho n.º 5255/2006 (DGEG), de 8 de março.

⁴⁷ Regulamento n.º 496/2011, de 19 de agosto.

A atividade de comercialização está apenas sujeita a um registo prévio⁴⁸ de forma a simplificar o processo de fixação de comercializadores tanto a nível nacional como com a introdução do Mercado Ibérico da Energia Elétrica (MIBEL) pelo Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de agosto.

A fase da comercialização compreende ainda a figura do comercializador de último recurso (CUR)⁴⁹. Este serviço é atualmente prestado pela EDP - Serviço Universal, cuja atuação se entende numa ótica de proteção do consumidor. Com efeito, o CUR está obrigado a adquirir energia elétrica produzida em regime especial e a fornecer eletricidade nas situações em que o mercado funcionando em livre concorrência, não reúna por si só as condições necessárias⁵⁰ para tornar viável o abastecimento elétrico. Daqui podemos retirar que o CUR está incumbido de prestar um serviço universal de forma a colmatar situações de lacuna energética em relação a alguns consumidores (e quando estes o solicitem).

Por estar separado juridicamente da atividade de comercialização, não existe liberdade de estabelecimento mas ao invés, depende de uma licença a ser concedida de forma administrativa, e por isso, a energia que vende aos "seus" consumidores está sujeita a um preço fixado pela ERSE disposto no Regulamento Tarifário⁵¹.

Assim, foi estabelecida toda uma nova arquitetura funcional no setor elétrico, com a *"liberalização da produção, a montante, e a liberdade de escolha dos consumidores, a jusante, com a existência de uma única rede de transporte e de distribuição."*⁵²

Quanto ao exercício da atividade de gestão de mercados organizados e ao operador logístico de mudança de comercializador apenas uma breve referência.

O exercício da atividade de gestão de mercados organizados necessita apenas de uma autorização, e, integrada no âmbito do funcionamento de quaisquer mercados organizados de eletricidade estabelecidos entre o Estado Português e outros Estados-

⁴⁸ cfr. Art.º 42, n.º1, do Decreto-Lei 29/2006, de 15 de fevereiro, com as alterações do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de junho.

⁴⁹ Cfr. Art.º 46.º do Decreto-Lei 29/2006 de 15 de fevereiro com as alterações do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de junho.

⁵⁰ A título de exemplo, imagine-se uma região de muito baixa densidade populacional.

⁵¹ Regulamento Tarifário disponível in:

http://www.erse.pt/pt/electricidade/regulamentos/tarifario/Documents/RT%20SE_Articulado_vs%20Inter net.pdf.

⁵² cf. VITAL MOREIRA [Os caminhos da privatização da Administração pública - Serviço público e concorrência. A regulação do sector eléctrico], pp. 236, Coimbra Editora, 2001.

membros da UE, inclui os deveres de gestão de contratação de eletricidade, de garantia de que estes mercados sejam dotados de serviços adequados de liquidação, de divulgação de informação relativa ao funcionamento transparente e não discriminatório dos mesmos, e de comunicação ao operador da RNT de toda a informação relevante para a gestão técnica do SEN e para a gestão comercial da capacidade de interligação.

O operador logístico de mudança de comercializador está encarregue da gestão do processo de mudança de comercializador, cabendo-lhe gerir, nomeadamente, os equipamentos de medida e recolha de informação local ou à distância, assegurando a livre escolha, pelos consumidores e sem qualquer contrapartida, dos respetivos comercializadores de eletricidade.

Refira-se, finalmente, que a extinção, ainda que gradual, das tarifas reguladas de VCF (venda ao cliente final), aplicadas a clientes finais em Portugal continental, se encontra agendada e em curso. O processo iniciou-se com a publicação do Decreto-Lei n.º 104/2010, de 29 de setembro⁵³, que determinou a extinção das TVCF para clientes em MAT, AT, MT e BTE, concretizando agora o Decreto-Lei n.º 75/2012, de 26 de março a extinção das TVCF aplicadas a clientes finais em BTN. Estes consumidores deverão completar a transição para o mercado livre até 31 de dezembro de 2014 e até 31 de dezembro de 2015, consoante os clientes tenham potência contratada superior ou igual a 10,35 kVA ou inferior a 10,35 kVA, respetivamente, sendo que, durante este período, será aplicada uma tarifa transitória de incentivo à contratação de energia elétrica com comercializadores a atuar no mercado.

A salvaguarda dos clientes vulneráveis é feita através de mecanismos como a aplicação da tarifa social da eletricidade, estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 138-A/2010, de 28 de dezembro, e do apoio social extraordinário ao consumidor de energia (ASECE), previsto no Decreto-Lei n.º 102/2011, de 30 de setembro, ou ainda de descontos e da garantia de fornecimento pelo CUR.

2.2. O MIBEL

A concretização efetiva de um mercado único de energia na Europa ainda está longe de ser alcançada. No entanto, a existência de mercados regionais é já uma realidade,

⁵³ Decreto-Lei n.º 104/2010, de 29 de setembro foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 256/2012, de 29 de novembro, que alargou o período de abastecimento, pelo CUR, dos clientes finais com consumos em MAT, AT, MT e BTE, de 31 de dezembro de 2011 para 31 de dezembro de 2013.

sendo que o MIBEL - Mercado Ibérico da eletricidade, foi o segundo mercado a ser criado, logo a seguir ao NoordPool - Mercado Nórdico da Eletricidade, entrando em funcionamento no dia 3 de julho de 2006.

O MIBEL surgiu através de um acordo internacional entre Portugal e Espanha que visou aproveitar as sinergias dos dois países no sentido de criar um mercado único para a eletricidade na península ibérica.

Os benefícios introduzidos pelo MIBEL são diferentes para produtores e consumidores. Os produtores beneficiam na medida em que passam a estar perante um mercado alargado e um maior número de potenciais clientes, enquanto os consumidores passam a dispor de uma maior diversidade da oferta e uma possível descida dos preços da energia elétrica.⁵⁴

Por forma a tirar partido do conjunto natural de complementaridades nos dois sistemas elétricos da Península Ibérica, as autoridades portuguesas e espanholas têm trabalhado conjuntamente na criação do MIBEL. Colocavam-se questões como a capacidade de interligação entre os dois países, que foi desenvolvida, a compra de determinada quantidade de eletricidade num país e a sua venda no outro, ou a harmonização entre Portugal e Espanha do enquadramento legal subjacente à negociação estabelecida em mercado e à posterior operação.

a) Modelo Organizativo

O modelo organizativo do MIBEL é baseado em princípios que implementam a liberdade e igualdade de acesso de todos os agentes ao mercado em condições de transparência e objetividade, para os diferentes níveis de negociação de energia⁵⁵.

Como tal, os princípios apresentados para o MIBEL têm como principais metas beneficiar os consumidores de eletricidade através do processo de integração dos respetivos sistemas elétricos, bem como favorecer o desenvolvimento do mercado de eletricidade de ambos países e a eficiência económica das empresas do setor elétrico através da livre concorrência.

Neste modelo, estão também presentes as preocupações com a segurança

⁵⁴ CATALÃO, J.P.S., Novas Metodologias de Otimização em Sistemas de Energia Hidrotérmicos", Universidade da Beira Interior, 2006, p. 155.

⁵⁵ SÁ, A.R.; "Simulador dos Operadores de Mercado e de Sistema em Mercados de Eletricidade adotando um modelo AC", Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, 2003.

de abastecimento e com a implementação de mecanismos de recuperação de custos ociosos⁵⁶ detetados. A determinação do valor total dos custos ociosos em cada país e dos mecanismos de recuperação desses mesmos valores assume elevada importância na criação e no sucesso do desenvolvimento do MIBEL.

Visto que se caminhava para um mercado concorrencial na produção de energia elétrica a nível ibérico, os Contratos de Aquisição de Energia (CAE) representavam um entrave para o funcionamento do mercado pretendido, sendo considerados uma barreira para a entrada de novos produtores de energia elétrica no mercado. Isto porque, os CAE representavam contratos que obrigavam os produtores englobados no SEP a manterem uma relação comercial em regime de exclusividade com a entidade concessionária da RNT, e essa relação comercial era consubstanciada em contratos de vinculação de longo prazo nos quais eram reconhecidos os proveitos expectáveis dos produtores. Como tal, a sua desmantelação era imprescindível. No entanto, para desmantelar estes contratos, é necessário pagar aos produtores vinculados detentores dos CAE a denúncia dos mesmos. Os custos ocorridos na denúncia destes contratos denominam-se, em Espanha, Custos de Transição para a Concorrência (CTC), e em Portugal, Custos de Manutenção do Equilíbrio Contratual (CMEC)⁵⁷.

Estes custos, celebrados sob a forma de acordos, são naturalmente necessários para honrar com os promotores os compromissos assumidos aquando da construção das centrais, e consistem em pagamentos fora de mercado. Pretendem também minorar o impacto da liberalização do setor elétrico ao nível da produção, visto que vão permitir que as empresas praticamente não sejam afetadas no curto prazo por reduções dos preços ligados à concorrência estabelecida pelo mercado em relação aos preços que as empresas tinham assegurado nos esquemas anteriores pela produção de energia elétrica. No entanto, tanto os CTC como os CMEC representam apenas uma fase transitória até se obter o livre funcionamento do mercado. Assim sendo, estes acordos têm como função assegurar uma transição suave para o ambiente de mercado livre.

A segurança de abastecimento na Península Ibérica é considerada como sendo um dos pontos cruciais para o sucesso de implementação do MIBEL. Como tal,

⁵⁶Custos ociosos são custos económicos que devem corresponder aos montantes realmente investidos, pagos ou a pagar por força de compromissos.

⁵⁷ MIRA AMARAL, L., “Energia e Mercado Ibérico”, Booknomics, 2006

coloca-se a questão fundamental de saber se o mercado será capaz de fornecer aos investidores, por intermédio de sinais económicos de preços, indicações fiáveis que levem à construção atempada de novas centrais elétricas, para que o abastecimento de energia elétrica nunca seja posto em causa.

Caso o mercado seja capaz de fornecer aos investidores os sinais económicos de preços que levem à construção de novas unidades de produção, não deverão ser previstos mecanismos de regulação que dissociem o valor da capacidade de energia elétrica disponível do preço da energia elétrica. Por outro lado, se estes sinais económicos de preços não incentivarem os investidores a construir novas unidades de produção, será necessário reforçar estes sinais através da remuneração pela capacidade de energia elétrica disponível que cada um dos diferentes produtores apresente no mercado⁵⁸.

Desta forma, a implementação de um mecanismo de monitorização da margem de reserva do sistema Ibérico é de grande importância para a segurança de abastecimento de eletricidade a curto e longo prazo.

b) Funcionamento do Mercado

De acordo com a convenção internacional para a criação do MIBEL, a contratação de energia eléctrica no mercado Ibérico efetua-se por intermédio de um mercado *spot* (diário e intra-diário), de um mercado a prazo e por um mercado livre de contratação bilateral. Trata-se, portanto, de um modelo misto que supera os modelos atuais espanhol e português baseados no *pool* quase obrigatório e na contratação bilateral física quase obrigatória, respetivamente, incorporando naturalmente as experiências dos dois países.⁵⁹

Como tal, o Modelo de Mercado adoptado para o MIBEL é baseado em Mercados Organizados e Mercados Não Organizados, que se conjugam para se realizarem as transações sobre a energia elétrica.

Segundo este Modelo de Mercado, fazem parte dos Mercados Organizados: os Mercados a Prazo, onde se transacionam blocos de energia com entrega posterior ao dia da contratação, de liquidação física ou financeira; os

⁵⁸ ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, *CNE – Comisión Nacional de Energía*, “Modelo de Organização do Mercado Ibérico de Eletricidade”, 2002, p. 83-84.

⁵⁹ GOMES, B.S.; “Simulador dos Operadores de Mercado e de Sistema num Mercado de Energia Elétrica considerando Restrições Intertemporais”, Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, 2005, p.79.

Mercados diários, onde se negociam blocos de energia com entrega no dia seguinte ao da contratação, de liquidação necessariamente física (mercado *spot*); e o Mercado intra-diário, onde se contratam blocos de energia para o próprio dia, de liquidação necessariamente física também (mercado *spot*).

Nos Mercados Não Organizados transaciona-se energia elétrica através da realização de contratos bilaterais, cujas condições são fixadas livremente entre as contrapartes, sendo a liquidação física ou financeira.⁶⁰

O MIBEL é constituído, presentemente, por dois polos, que desempenham um papel fundamental e complementar na tão desejada integração dos sistemas elétricos. Ao pólo espanhol compete a negociação diária e intra-diária de energia elétrica, enquanto o pólo português é responsável pela negociação a prazo. Desta forma, o mercado *spot* funciona com base no atual modelo de mercado físico de eletricidade espanhol e é gerido pelo Operador de Mercado Ibérico, pólo Espanhol (OMIE). O mercado a prazo é gerido pelo Operador de Mercado Ibérico, pólo Português (OMIP). A convenção prevê que no futuro todo o mercado seja gerido por um Operador de Mercado Ibérico único (OMI), fruto da fusão do OMIE, com o OMIP⁶¹.

O Mercado *Day-Ahead* (entrega física no dia seguinte ao da contratação) é baseado numa negociação independente para cada uma das vinte e quatro horas do dia seguinte. As ofertas colocadas no mercado pelos diferentes produtores de energia elétrica deverão ser ofertas simples, nas quais deverá estar explícita a quantidade de energia elétrica a ser transacionada e o respetivo preço de venda.

Em paralelo com o Mercado *Day-Ahead* decorre um Mercado de Ajustes (com entrega física no próprio dia da contratação) que existe para gerir os desvios a curto prazo previstos para os programas de contrato entre a produção de energia elétrica e o respetivo consumo da mesma. Este Mercado de Ajustes é também um mecanismo necessário, devido a eventuais congestionamentos da rede elétrica de transporte e distribuição, ou eventuais avarias de equipamentos presentes na rede elétrica.

O Mercado a Prazo corresponde a um mercado de derivados, que se caracteriza por ser um mercado organizado de contratação de energia elétrica a

⁶⁰ PEDRAS, R., “A Regulação do MIBEL e Perspetivas de Evolução”, Seminário APOCEEP, 2006, p. 14.

⁶¹ OMIP – Operador do Mercado Ibérico Português, “Agreement Between the Portuguese Republic and the Kingdom of Spain for the Creation of an Iberian Electric Energy Market”, 2004, p. 312.

prazo, no qual a Sociedade de Compensação de Mercados de Energia, S.A. (OMIClear) assume as funções de câmara de compensação e de contraparte central. Este tipo de contratação pode ter uma liquidação física, ou ser do tipo puramente financeiro.⁶²

A existência de um mercado de derivados deste tipo deve ser encarada como uma medida positiva, uma vez que a este tipo de mercados se encontram associadas inúmeras vantagens, nomeadamente, o aumento da liquidez do mercado. Este tipo de mercados permite assegurar o preço de fornecimento de energia elétrica em instantes futuros, bem como estabilizar os preços através da arbitragem entre preços *spot* e preços futuros. Levam ainda à diminuição das barreiras apresentadas a novos agentes que pretendam entrar no mercado de energia, visto que permitem o acesso a mecanismos de cobertura de risco.

À semelhança de outros mercados elétricos europeus, também no MIBEL a contratação bilateral se configura como uma importante característica de funcionamento do mercado. Assim, serão permitidos contratos entre todo o tipo de produtores e demais agentes do mercado e estabelecidas as condições em que os comercializadores e produtores poderão vender a energia previamente adquirida a outros produtores ou agentes externos.⁶³

No entanto, não se poderão efetuar contratos bilaterais ilimitados⁶⁴, o que obriga as companhias de comercialização a comprar parte das suas necessidades energéticas no *pool*, ou através de mercados de futuros de curto e médio prazo. Este facto, associado à limitação da duração de contratos bilaterais, bem como à obrigação das companhias de produção tornarem do domínio público os preços agregados adoptados nos diferentes contratos, levam a que seja assegurada transparência e competição entre as diferentes plataformas de negociação. A intenção deste conjunto de medidas é minimizar a possibilidade de agentes de pequena dimensão operarem sob condições desvantajosas, o que fecharia o mercado a novos competidores.

⁶² MENDES DE SOUSA, J.A., “Integração de mercados liberalizados de energia elétrica com aplicações ao MIBEL”, Universidade Nova de Lisboa, 2005, p.27.

⁶³ GOMES, B.S.; “Simulador dos Operadores de Mercado e de Sistema num Mercado de Energia Elétrica considerando Restrições Intertemporais”, Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, 2005, p.83.

⁶⁴ ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, CNE – *Comisión Nacional de Energía*, “Modelo de Organização do Mercado Ibérico de Eletricidade”, 2002, p. 52.

c) Operação e Gestão do Sistema

A atividade de operação de todo o sistema elétrico resultante do MIBEL é efetuada por dois OS. Um OS responsável pelo controlo da área portuguesa, e um segundo OS responsável pelo controlo da área espanhola. Cada um destes OS é responsável não só pela operação do sistema da sua área, mas também pela coordenação das interligações com a sua área.⁶⁵

No âmbito do MIBEL e da coordenação das interligações, é de grande interesse proceder-se à avaliação da capacidade das interligações entre Portugal e Espanha a utilizar para fins comerciais, assim como os procedimentos de operação a serem adoptados. Esta avaliação implica a harmonização de critérios de segurança e cenários de avaliação da capacidade de reserva disponível para propósitos de segurança e para trocas comerciais, sendo este aspeto, na atualidade, alvo de estudo por parte dos OS de ambos os países.

No que diz respeito à própria exploração do sistema elétrico, um dos principais problemas com que os OS se deparam é com a resolução de congestionamentos. No âmbito do MIBEL, os congestionamentos podem afetar uma ou mais áreas de controlo podendo ser internos, se afetarem apenas uma área de controlo, inter-áreas, se afetarem as duas áreas de controlo do MIBEL ou extra-áreas, se afetarem áreas de controlo externas ao MIBEL.

No âmbito do MIBEL, a gestão de SA é da responsabilidade dos OS português e espanhol, para que o nível pretendido de SA em cada área de controlo seja definido e contratado pelo OS correspondente. Para cada área de controlo, Portugal e Espanha, o OS correspondente opera como um comprador único, comprando para cada hora do dia seguinte as quantias pretendidas para estes serviços⁶⁶.

Por fim, é necessário referir que a segurança do sistema elétrico de cada país é prioritária. Como tal, em caso de emergência cada país poderá adoptar as medidas que considere necessárias dando-as a conhecer à Autoridade Nacional do outro estado, de preferência, antes da sua entrada em vigor.

⁶⁵ ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, CNE – *Comisión Nacional de Energía*, “Modelo de Organização do Mercado Ibérico de Eletricidade”, 2002, p. 58.

⁶⁶ ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos, CNE – *Comisión Nacional de Energía*, “Modelo de Organização do Mercado Ibérico de Eletricidade”, 2002, p. 77.

3. A REGULAÇÃO DO SETOR ELÉTRICO

A entrega e abertura do mercado à liberalização, concorrência e competitividade dos agentes entre si, tornou necessária a criação de um aparelho regulatório independente como realidade institucional destinada a garantir o "bom funcionamento" do mercado. Pois estando a liberdade de iniciativa económica⁶⁷ e os valores liberais constitucionalmente protegidos pelos direitos fundamentais como expressão dos fins do Estado, incumbe-lhe também, por outro lado, proteger, fomentar e limitar para corrigir, esse livre arbítrio que pode causar excessos, injustiças e ineficiências, que poderão resultar de um mercado que funcione apenas por si só.⁶⁸ Assim, de forma a poder garantir mecanismos de controlo e combate a "falhas de mercado", práticas abusivas ou discriminatórias, o setor elétrico está sujeito a uma dupla regulação. A regulação transversal, como é o caso da Lei n.º 19/2012 (Novo Regime Jurídico da Concorrência) e a uma regulação setorial, papel desempenhado pela ERSE e DGEG,⁶⁹ a primeira com competências de âmbito mais técnico, e a segunda com responsabilidades de natureza mais política e administrativa.

3.1. A ERSE

As questões de âmbito regulatório e de natureza mais técnica recaem sob a alçada da ERSE. Criada em 1995 e em funcionamento desde 1997, a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos tem por missão, através do exercício das suas funções, proteger adequadamente os interesses dos consumidores em relação a preços, qualidade de serviço, acesso à informação e segurança de abastecimento.⁷⁰ Adicionalmente cabe-lhe fomentar a concorrência eficiente, nomeadamente no quadro da construção do mercado interno da energia, garantindo às empresas reguladas o equilíbrio económico-financeiro no âmbito de uma gestão adequada e eficiente, estimular a utilização eficiente da energia e a defesa do meio ambiente, e ainda arbitrar

⁶⁷ Cfr. artigo 61.º da Constituição da República Portuguesa de 1976.

⁶⁸ Pois o mercado livre é tendencialmente "suicidário". GONÇALVES, PEDRO [*Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)*], p. 483 e ss. Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles.

⁶⁹ GONÇALVES, PEDRO, [*Regulação, Eletricidade e Telecomunicações - Estudos de Direito Administrativo da Regulação*], Coimbra Editora, 2008, p. 116.

⁷⁰ Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE), aprovados pelo Decreto-Lei n.º 97/2002, de 12 de abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 200/2002, de 25 de setembro, pelo Decreto-Lei n.º 212/2012, de 25 de setembro e finalmente pelo Decreto-Lei n.º 84/2013 de 25 de junho.

e resolver litígios, fomentando a resolução extrajudicial dos mesmos.

As competências da ERSE abrangem praticamente todo o setor elétrico, tendo responsabilidade direta na larga maioria dos segmentos. Destacam-se, no entanto, as incumbências de preparar e emitir o Regulamento Tarifário, estabelecer periodicamente, nos termos desse mesmo regulamento, os valores das tarifas e os preços a aplicar, e publicá-los no Diário da República. Também é sua missão preparar e emitir o Regulamento de Relações Comerciais, bem como as suas atualizações, apresentar à DGEG uma proposta para as disposições de natureza comercial do Regulamento da Qualidade de Serviço, bem como das suas alterações, verificando a integral aplicação do mesmo, nomeadamente no que diz respeito a compensações a clientes em caso de incumprimento dos padrões estabelecidos, apresentar regularmente ao Ministro da Economia e do Emprego um relatório sobre o funcionamento do mercado de eletricidade e sobre o grau de concorrência efetiva, indicando também as medidas adoptadas e a adoptar, tendo em vista o reforço da eficácia e da eficiência do mercado, e publicar o mesmo;

Para além destas atribuições, deve arbitrar conflitos entre o Estado ou os municípios e as respetivas entidades concessionárias ou entre estas últimas e os restantes intervenientes do SEN; emitir pareceres à DGEG sobre os planos de expansão do sistema eletroprodutor do SEP e planos de investimento na RNT preparados pela entidade concessionária da RNT, o Caderno de encargos preparado pela entidade concessionária da RNT para a seleção de novos distribuidores MT e AT e os padrões de segurança de transporte estabelecidos pela entidade concessionária da RNT, tudo com total independência dos interesses do setor da eletricidade.⁷¹

Também é função da ERSE preparar e emitir o Regulamento do Acesso às Redes e às Interligações, bem como as suas atualizações, e fiscalizar o seu cumprimento; inspecionar regularmente os registos das queixas e reclamações dos consumidores, apresentadas às entidades concessionárias ou licenciadas, as quais devem preservar adequados registos das mesmas. A ERSE pode recomendar às referidas entidades as providências necessárias à reparação das queixas dos utentes, ou ainda ordenar a investigação destas ou de outras que lhe sejam diretamente apresentadas; realizar, por sua iniciativa ou mediante solicitação do Ministro da

⁷¹ O n.º 4 do artigo 35º da *Diretiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009*, prescreve que os Estados-Membros devem garantir a independência da entidade reguladora e assegurar que esta exerça os seus poderes de modo imparcial e transparente.

Economia, sindicâncias, inquéritos ou auditorias às entidades concessionárias ou licenciadas; recomendar às entidades concessionárias ou licenciadas a adoção das competentes medidas corretivas caso considere haver incumprimento das obrigações do serviço público, das obrigações legais e contratuais em geral ou dos padrões de segurança e qualidade regulamentarmente definidas; acionar, ou propor ao Governo o acionamento (conforme o caso) de medidas sancionatórias, caso as ações definidas não sejam executadas, ou houver incumprimento do calendário definido para a sua execução.

A implementação da liberalização do setor elétrico é um dos maiores desafios com que a ERSE se confronta atualmente, estando a mesma fixada no art.º 3º dos seus estatutos.

3.2. A DGEG

Para além da Secretaria de Estado da Energia - dependência do Ministério da Economia - que naturalmente tutela o setor, existe a Direção Geral de Energia e Geologia, DGEG⁷², que é um serviço central da administração direta do Estado. A DGEG tem por missão contribuir para a conceção, promoção e avaliação das políticas relativas à energia e aos recursos geológicos, numa ótica do desenvolvimento sustentável e de garantia da segurança do abastecimento.⁷³

As atribuições da DGEG são as de contribuir para a definição, realização e avaliação da execução das políticas energética e de identificação e exploração dos recursos geológicos, visando a sua valorização e utilização apropriada e acompanhando o funcionamento dos respetivos mercados, empresas e produtos; promover e participar na elaboração do enquadramento legislativo e regulamentar adequado ao desenvolvimento dos sistemas, processos e equipamentos ligados à produção, transporte, distribuição e utilização da energia, em particular visando a segurança do abastecimento, a diversificação das fontes energéticas, a eficiência energética e a preservação do ambiente.

Também deve apoiar a participação do Ministério da Economia e do Emprego no domínio comunitário e internacional, na área da energia e dos recursos geológicos,

⁷² Até 2007 era chamada DGGE, e até 2004 era apenas DGE, data em que se fundiu com o Instituto Geológico Mineiro.

⁷³ A Lei orgânica da DGEG encontra-se no Decreto-Lei nº 151/2012, de 12 de julho.

bem como promover a transposição de diretivas comunitárias e acompanhar a implementação das mesmas; proceder a ações de fiscalização nos domínios da energia e recursos geológicos, nos termos da legislação aplicável aos respectivos setores; apoiar o Governo na tomada de decisão em situações de crise ou de emergência, no âmbito da lei, e proporcionar os meios para o funcionamento permanente da Comissão de Planeamento Energético de Emergência.

Como se podemos verificar pelas suas atribuições, a DGEG tem preocupações de índole mais genérica, de gestão dos recursos do país, de estratégia nacional para a energia e fiscalização referente à aplicação das políticas energéticas em geral, e não apenas para o setor elétrico.

A título de exemplo, podemos elencar alguns dos principais objetivos estratégicos inscritos no Quadro de Avaliação e Responsabilização da DGEG em 2013,⁷⁴ que consistiam em garantir a segurança do abastecimento de energia, reduzindo a dependência energética do país para 74% e o saldo importador em 25% até 2020; atingir as metas de 31% de utilização de energias renováveis no consumo final de energia em 2020 (10% nos transportes) e de 20% na redução do consumo de energia em 2020; estimular e favorecer a concorrência no setor energético e impulsionar o desenvolvimento do setor dos recursos geológicos; consolidar um *cluster* no setor energético das energias renováveis e da eficiência energética que crie riqueza, postos de trabalho e desenvolvimento regional e contribua para as metas de redução de emissões e aumentar o grau de satisfação dos clientes internos e externos.

3.3. INDEPENDÊNCIA E RESPONSABILIZAÇÃO DOS REGULADORES

Independentemente do modelo escolhido para efetuar a regulação, é sempre necessário assegurar que as decisões dos reguladores são independentes e não influenciadas pelos próprios regulados. A eficiência do mercado depende, em larga medida, da eficiência da regulação. Se as decisões dos reguladores não forem independentes dos operadores económicos, então a regulação não conseguirá corrigir as falhas dos mercados porque atuará em função dos interesses das próprias empresas que dispõem de um poder de mercado significativo.

São várias as causas que podem levar a uma falta de independência dos

⁷⁴ DGEG - QUAR 2013

reguladores. Desde logo existe o perigo da captura dos reguladores pelos regulados. Não podemos esquecer que o setor da energia é um setor extremamente complexo. O conhecimento desta área é muito específico e o regulador deve ter um bom conhecimento não apenas da forma de funcionamento dos mercados mas também das questões técnicas que tais serviços implicam. Em Portugal e em países próximos como Espanha e Itália, existe um critério geral mediante o qual os titulares dos conselhos de administração das entidades reguladoras devem ser pessoas de reconhecido mérito profissional e conhecimento do setor, por forma a aumentar a legitimação, dado que são cargos para os quais não há uma eleição. Encontrar as pessoas adequadas para o papel de regulador é difícil, na medida em que pode implicar a escolha de pessoas ligadas, nesse momento ou no passado, às empresas que irão regular. Por outro lado, importa igualmente assegurar que a função de regulador é exercida sem que se possa ter em vista o regresso das pessoas que exerceram os respetivos cargos de regulação às empresas que foram sujeitas a essa regulação⁷⁵.

Um dos principais argumentos para a criação de reguladores independentes é a preservação da estabilidade e a redução dos riscos regulatórios. A credibilidade e a consistência intertemporal das decisões regulatórias são particularmente relevantes na regulação do setor energético. Os investimentos em infraestruturas têm a natureza de "*sunk costs*"⁷⁶ e têm subjacentes períodos de vida útil muito longos. Neste contexto, a existência de estabilidade regulatória é uma pré-condição essencial para a promoção de investimento privado baseado em expectativas de remuneração adequadas. A falta de credibilidade ou a incerteza regulatória podem não inviabilizar o investimento mas, certamente, contribuirão para aumentar o custo de capital e os custos de financiamento com reflexo no incremento de tarifas.⁷⁷

Assim, para que se prossigam estratégias de longo prazo convergentes com a promoção do interesse público, as entidades reguladoras devem ser estruturadas de acordo com um modelo de organização e *governance* baseadas na independência, estabilidade decisional e escrutínio público.

A verdade é que independência não significa irresponsabilidade. É certo que é

⁷⁵ VISCUSI, W., VERNON J. e HARRINGTON, J., no seu livro *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, MA, 1995 p.237 apelida este fenómeno de efeito "revolving door" ou "porta giratória", em que uma pessoa vem de uma das empresas reguladas, passa pelo papel de regulador e, quando o termina, regressa novamente à empresa regulada.

⁷⁶ Os "*sunk costs*", ou custos irrecuperáveis são os recursos empregados na construção de ativos, que uma vez realizados, dificilmente podem ser recuperados num grau significativo.

⁷⁷ ERSE - A Regulação da Energia em Portugal - 1997-2007, p. 21.

necessário assegurar a independência dos reguladores para que estes não estejam sujeitos às pressões políticas ou que não sejam alvo de captura por parte dos interesses regulados mas tal não significa a inexistência de mecanismos que permitam controlar a sua ação, uma vez que desempenham uma função pública.

Desde logo, não nos podemos esquecer que a regulação dos mercados é uma função administrativa do Estado e, como tal, está sujeita ao princípio da legalidade. Isto significa que as ações dos reguladores devem obedecer às leis e são sempre suscetíveis de impugnação perante os tribunais administrativos com base em violação de critérios legais. Repare-se que aqui não está em causa uma avaliação do mérito das ações dos reguladores, seja ele político ou económico, e portanto não é posta em causa a sua independência. O que aqui está em causa é a atuação de acordo com as regras legais existentes e uma avaliação da conduta dos reguladores, face à lei, por parte de outros órgãos independentes: os tribunais.

O princípio da legalidade de ação da administração pública é um princípio de base de todos os sistemas jurídicos na Comunidade Europeia e, portanto, todas as entidades reguladoras estão a ele sujeitas.

Mas, para além deste critério geral é importante ter outros mecanismos específicos para assegurar a responsabilização dos reguladores. Em primeiro lugar que deve existir algum tipo de responsabilização perante os parlamentos nacionais, nomeadamente em termos de audições dos reguladores perante comissões especializadas. Não se deve esquecer que os sistemas políticos que têm uma base parlamentar possuem no Parlamento o órgão que representa o povo e, portanto, assegura diretamente a legitimidade democrática, daí que a existência de mecanismos de audição dos reguladores perante comissões especializadas do Parlamento não ponham em causa a sua independência, assegurando antes um controlo e legitimidade democrática das suas decisões. Este mecanismo já tem aplicação em Portugal. Em segundo lugar, é importante ter um processo de tomada de decisões transparente. Tal implica, por um lado, envolver todas as partes interessadas nesse processo, nomeadamente através de processos de consulta ou salvaguardando nas respetivas estruturas dos organismos de regulação órgãos de consulta onde estejam representados os interesses dos mesmos. Outra forma de aumentar a transparência dos procedimentos é dar publicidade às decisões dos reguladores e, dessa forma, permitir aos interessados, sejam eles profissionais ou consumidores, conhecer os resultados finais. Relacionado com este critério está também a necessidade de justificação específica das decisões dos reguladores. É importante que os reguladores justifiquem as

respetivas decisões, fornecendo argumentos não só para fundamentar a opção escolhida mas também fornecendo os argumentos utilizados para rejeitar outras opções que tenham sido levantadas pelos interessados.

Em Portugal, os organismos reguladores estão sujeitos a diversas obrigações de consulta dos interessados e de publicidade das suas decisões e ações, como por exemplo a obrigação de publicação de um relatório anual de atividades, obrigações específicas de consultas dos interessados, publicação das decisões em boletins oficiais e em canais não oficiais como nas páginas da Internet, entre outras.

A independência no exercício de funções, administrativa, técnica, e sobretudo orgânica é hoje uma realidade inquestionável, como requisito para uma atuação transparente no mercado.⁷⁸

4. EFEITOS DA LIBERALIZAÇÃO NO MERCADO PORTUGUÊS

A 25 de Junho de 2009⁷⁹, Portugal, em conjunto com outros 24 Estados-Membros, foi notificado formalmente pela Comissão Europeia devido à não aplicação da legislação comunitária sobre energia, o que aumentou a pressão sobre a entidade reguladora, para tomar as medidas necessárias para que a liberalização do mercado fosse realizada com sucesso.

Nessa notificação, Andris Piebalgs, Comissário do Pelouro da Energia, considerou inaceitável que os consumidores e as empresas fossem prejudicados pelo funcionamento deficiente do mercado da energia. A iniciativa prendia-se com o incumprimento de várias disposições do chamado "segundo pacote" da energia de 2003. Os principais incumprimentos identificados pela Comissão eram atinentes à escassez de informações fornecidas pelos operadores de sistemas de transporte de eletricidade e gás, o que impedia o acesso efetivo das companhias de abastecimento às redes; também quanto à inadequação dos sistemas de repartição da capacidade da rede para otimizar a utilização desta para o transporte de eletricidade e gás nos Estados-Membros e ainda quanto à falta de coordenação e cooperação transfronteiriças entre os operadores de sistemas de transporte de eletricidade e as autoridades nacionais, coordenação e cooperação essas que são necessárias para uma melhor repartição da capacidade das redes em interconexões transfronteiriças, de forma a otimizar a rede

⁷⁸ Veja-se, para este efeito, o Regulamento Ético da ERSE, disponível in www.erse.pt.

⁷⁹ Cfr. IP/09/1035 e MEMO/09/296 da Comissão Europeia.

elétrica existente numa perspetiva regional e europeia, em vez de nacional.

Cinco anos volvidos sobre esta notificação, propomo-nos analisar a evolução de quatro variáveis do mercado elétrico português com a liberalização do mercado retalhista, utilizando uma metodologia baseada nos relatórios anuais redigidos pela ERSE à Comissão Europeia, nos resumos informativos da ERSE sobre o mercado liberalizado, nos dados da Eurostat e em literatura de especialistas da concorrência e regulação.

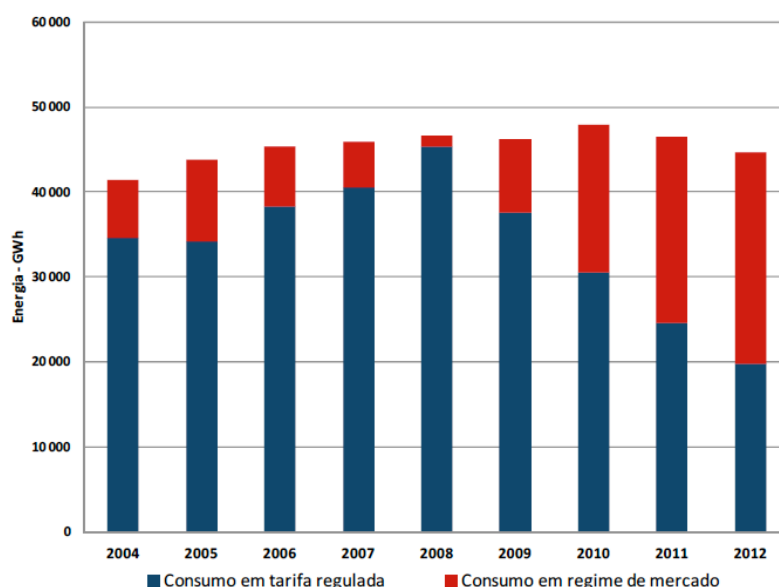


Figura 3 – Consumo total de eletricidade

Fonte: Relatório Anual da ERSE para a Comissão Europeia - agosto 2013

Através da figura 3 podemos constatar que o consumo total de eletricidade em Portugal tem vindo a aumentar desde 2004 até 2008, sofrendo uma pequena redução em 2009, e uma estabilização em 2010, 2011 e 2012.

No entanto, o consumo de energia no mercado liberalizado sofreu uma redução significativa entre 2005 e 2008, voltando a recuperar em 2009 e apresentando em 2010 o maior volume de consumo alguma vez registado em Portugal, voltando a estabilizar nos anos seguintes.

Em termos de transição para o mercado liberalizado, o ano de 2012 veio consolidar a tendência verificada desde 2010, período para o qual o custo da energia implícito na tarifa de último recurso excedeu o preço que o mercado veio a devolver desde 2009, assim ditando a existência de condições propícias à migração de consumidores da tarifa regulada para o mercado⁸⁰. Por outro lado, o aumento da

⁸⁰ Cfr. Relatório Anual Para A Comissão Europeia agosto 2013, p. 49

dimensão do mercado liberalizado deve-se igualmente ao processo de extinção de tarifas reguladas que, em janeiro de 2013, abrangeu todo o conjunto de clientes incluindo os residenciais.

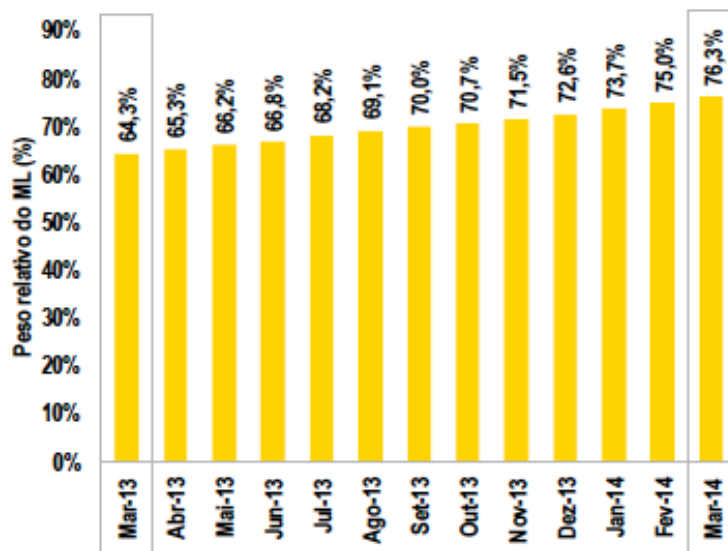


Figura 4 - Número de clientes no mercado liberalizado em 2013
 Fonte: Resumo informativo do mercado liberalizado da eletricidade 03/2014

Em março de 2014, o mercado liberalizado representou já cerca de 76% do consumo anualizado, tendo ultrapassando ligeiramente a fasquia dos 50% em Janeiro de 2012, como se pode verificar através da leitura da figura 5.

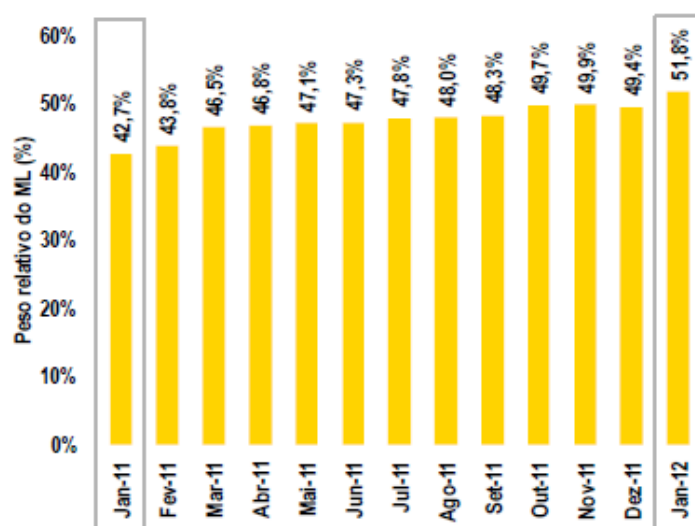


Figura 5 – Peso relativo do mercado liberalizado em 2011
 Fonte: Resumo informativo do mercado liberalizado da eletricidade 01/2012

Apesar da variação dos consumos nos últimos anos, o número de clientes a alterarem do mercado regulado para o liberalizado não tem sofrido variações negativas, pois de acordo com as figuras 6 (residenciais) e 7, tem vindo sempre a aumentar desde 2006 até março de 2014, o que demonstra que Portugal ainda se encontra numa fase de transição, apesar de já não estar longe de concluir o processo de transição para o mercado livre.

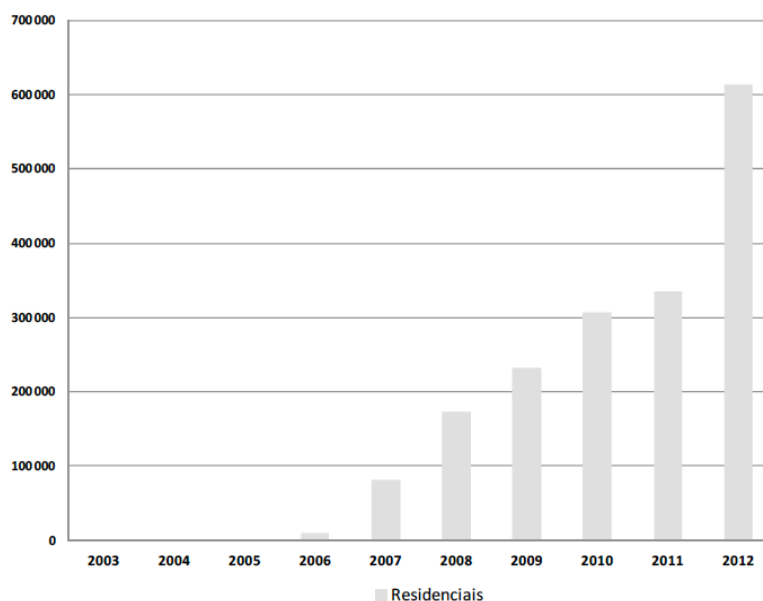


Figura 6 – Número de clientes residenciais no mercado liberalizado
Fonte: Relatório Anual para a Comissão Europeia - agosto 2013

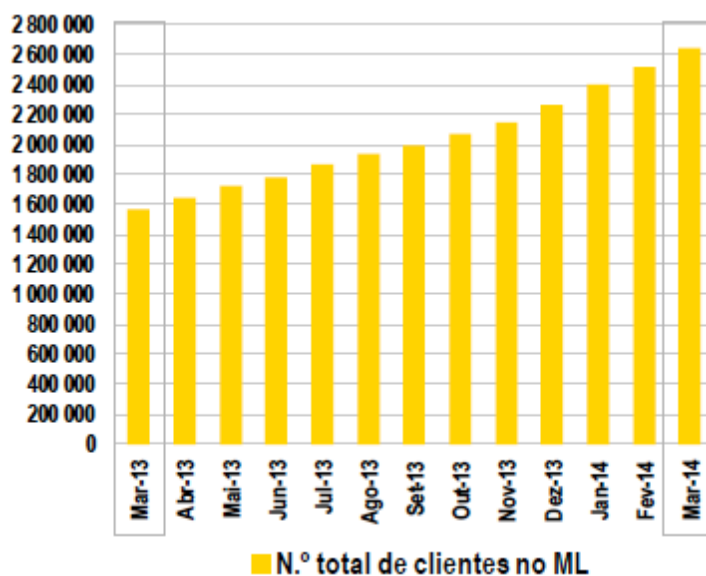


Figura 7 – Número de clientes no mercado liberalizado em 2013
Fonte: Resumo informativo do mercado liberalizado da eletricidade 03/2014

Utilizando a metodologia aplicada pela ERSE na segmentação dos consumidores, que também se encontra esquematizada na Tabela 1, podemos distinguir quatro tipos de consumidores. Os consumidores Domésticos que possuem uma BTN contratada; os Pequenos negócios que contratam uma BTE; as Indústrias com MT contratada e por fim os grandes consumidores que contratam AT e MAT.

Segmentos	Nível de Tensão
MAT – Muito Alta Tensão	$U_c \geq 110 \text{ kV}$
AT – Alta Tensão	$45 \text{ kV} < U_c \leq 110 \text{ kV}$
MT – Média Tensão	$1 \text{ kV} < U_c \leq 45 \text{ kV}$
BT – Baixa Tensão	$U_c \leq 1 \text{ kV}$
BTE – Baixa Tensão Especial (potência $>41,4 \text{ kW}$)	
BTN – Baixa Tensão Normal (potência $\leq 41,4 \text{ kW}$)	
Iluminação Pública	

Fonte: Construção própria, baseada no Decreto-Lei n.º 29/2006 de 15 de Fevereiro

Tabela 1- Limites de Tensão por segmento

É possível definir quais os tipos de consumidores que possuem um peso maior no mercado liberalizado, sendo claramente visível através da figura 8, que essa percentagem varia consoante as condições que este mercado oferece nesse ano.

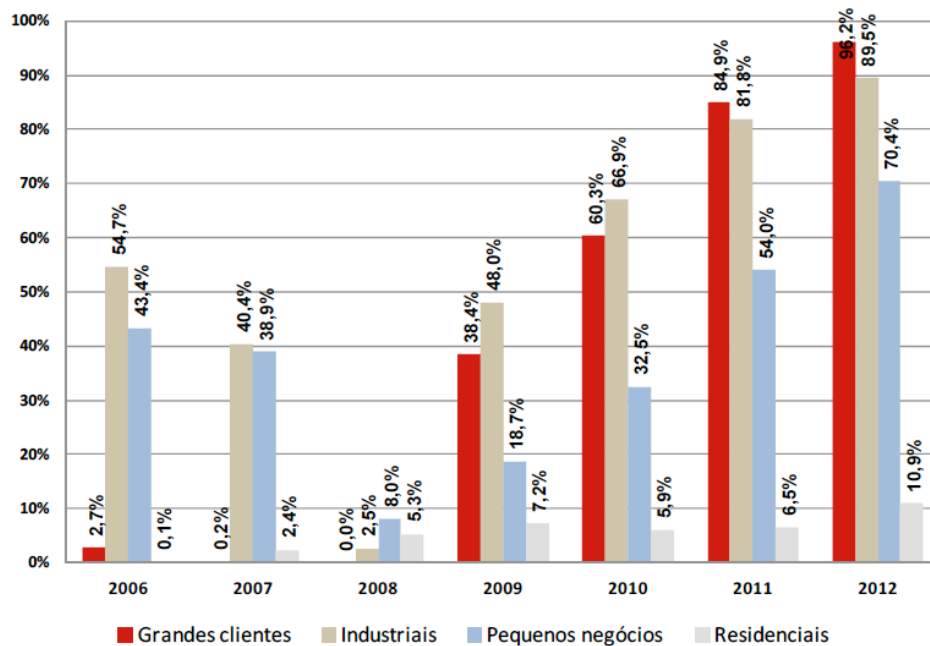


Figura 8 - Penetração do mercado liberalizado por segmento
 Fonte: Relatório Anual Para A Comissão Europeia - agosto 2013

Em 2006 e 2007 foram os industriais e pequenos negócios que possuíram um peso maior. Em 2008 registou-se uma saída significativa do mercado liberalizado de todos os clientes ligados a atividades de negócio e uma recuperação substancial em 2009 e 2010 principalmente da parte dos grandes consumidores e industriais.

Em 2011, os pequenos negócios começaram novamente a tomar um papel significativo, ao passo que os consumidores domésticos permaneceram até ao ano de 2012 com um peso relativamente baixo.

No entanto, como se pode verificar na figura 9, o ano de 2013 e 2014 tem assistido a um crescimento constante do peso dos consumidores Domésticos no mercado liberalizado.

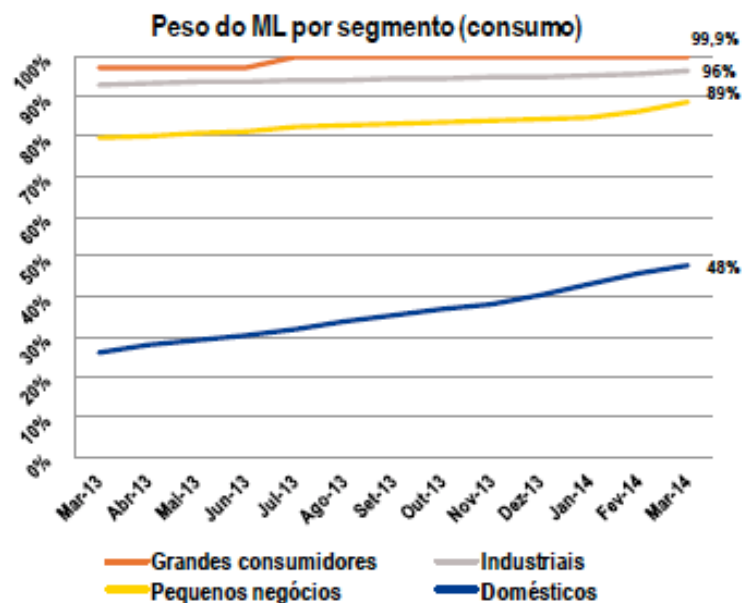


Figura 9 – Peso do mercado liberalizado por segmento em 2013
 Fonte: Resumo informativo do mercado liberalizado da eletricidade 03/2014

4.1. CONCENTRAÇÃO DO MERCADO

Relativamente à concentração do mercado liberalizado e tendo em consideração os dados recolhidos na figura 10, é visível, que até ao ano de 2009 existia uma elevada concentração, pois a EDP comercializava sempre mais do que 50% do consumo total. A partir do ano de 2010, atingiu-se exatamente a linha dos 50%, e nos anos seguintes inverteu-se essa realidade, passando o consumo a estar essencialmente dividido por três empresas comercializadoras.

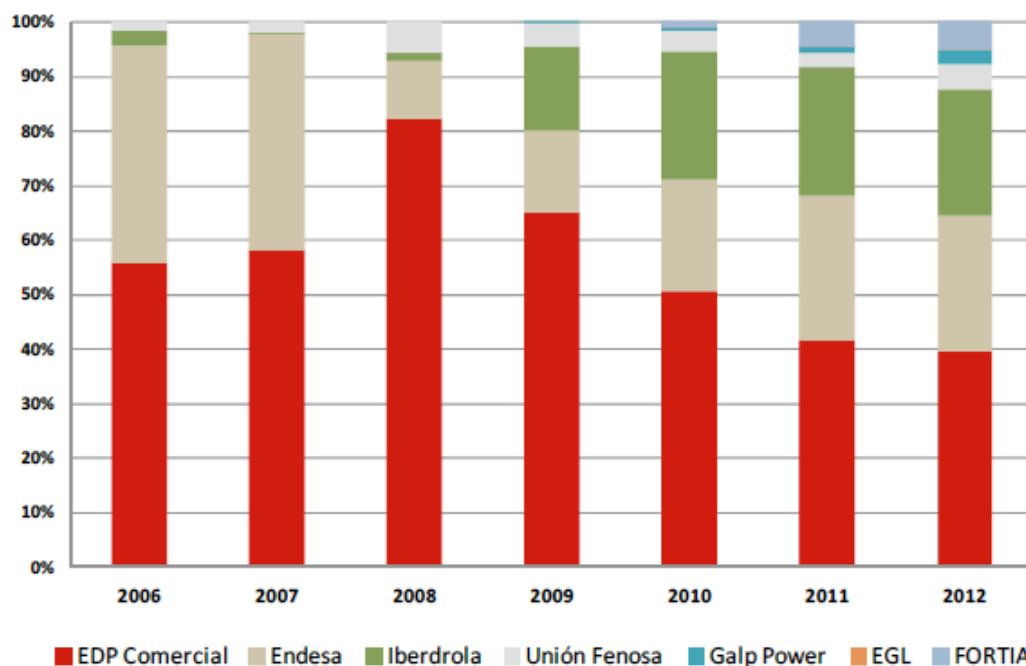
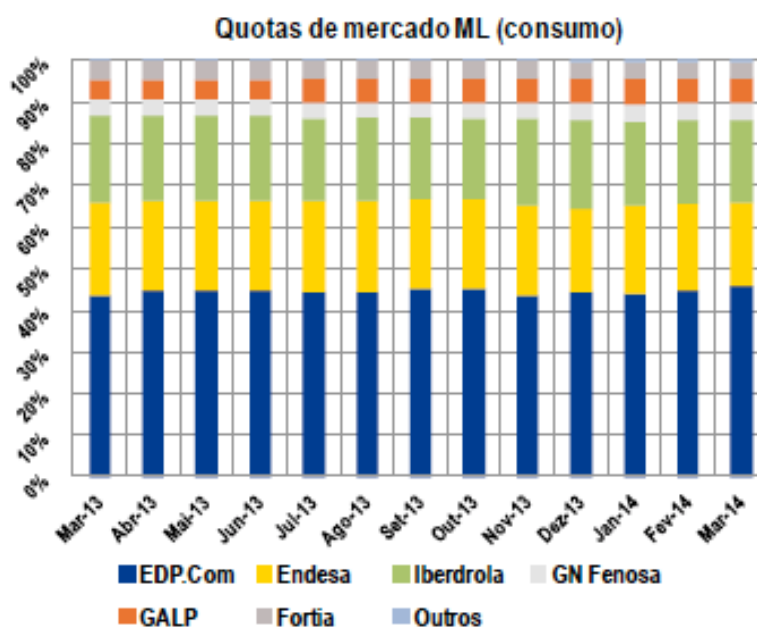


Figura 10 – Quotas de mercado
 Fonte: Relatório Anual para a Comissão Europeia - agosto 2013

Para se verificar se essa tendência foi uma realidade, pode recorrer-se à figura 11, onde é visível que a quota de mercado, por consumo anualizado, da EDP em 2013 foi de cerca de 44% no mercado liberalizado.



Quota de mercado por consumo anualizado

Mês	EDP Com	Endesa	Iberdrola	GN Fenosa	GALP	Fortis	Outros
Mar-13	43,4%	22,5%	20,7%	4,1%	4,5%	4,4%	0,4%
Abr-13	44,5%	21,8%	20,4%	3,9%	4,7%	4,4%	0,4%
Mai-13	44,8%	21,5%	20,3%	3,8%	4,7%	4,4%	0,4%
Jun-13	44,9%	21,5%	20,3%	3,6%	4,9%	4,4%	0,4%
Jul-13	44,3%	21,9%	19,7%	3,6%	5,8%	4,2%	0,4%
Ago-13	44,4%	21,8%	19,8%	3,6%	5,7%	4,2%	0,4%
Set-13	44,9%	21,6%	19,6%	3,6%	5,7%	4,1%	0,4%
Out-13	45,0%	21,6%	19,5%	3,6%	5,8%	4,1%	0,4%
Nov-13	43,6%	21,3%	21,0%	3,6%	5,9%	4,1%	0,4%
Dez-13	44,2%	20,0%	21,3%	4,1%	5,9%	4,0%	0,5%
Jan-14	43,8%	21,1%	20,3%	4,2%	5,9%	3,9%	0,7%
Fev-14	44,6%	20,7%	20,0%	4,3%	5,9%	3,8%	0,7%
Mar-14	45,7%	20,2%	19,5%	4,2%	5,8%	3,7%	0,8%

Figura 11 – Quotas de mercado 2013 (gráfico e tabela)

Fonte: Resumo informativo do mercado liberalizado da eletricidade 03/2014

Para a definição exata da intensidade da concentração no setor elétrico português, irá ser utilizado o *Índice Herfindahl-Hirschman* (HHI), definido através do somatório dos quadrados das quotas de mercado das empresas a operar no mercado em análise.

A fórmula de cálculo é a seguinte:

$$HHI = \sum_{n=1}^N s_n^2$$

Em que “s” é a quota de mercado da empresa (share) e “N” o número de empresas.

Este índice pode tomar os valores extremos:

O resultado 0 indica que o mercado possui um grande número de empresas com quotas de mercado muito reduzidas;

O resultado 10.000 surgirá quando estivermos perante uma situação de monopólio;

Para facilitar a leitura dos resultados, recorreremos aos seguintes valores de referência:

- Superiores a 1800, quando possui alta concentração;
- Entre 1000 e 1800, uma concentração moderada;
- E inferiores a 1000, uma concentração baixa.

Ao utilizar-se este indicador e aplicando o seu cálculo aos valores recolhidos na figura 11, obtêm-se os seguintes valores:

$$HHI = (\text{quota de mercado EDP})^2 + (\text{quota de mercado Endesa})^2 + (\text{quota de mercado Iberdrola})^2 + (\text{quota de mercado Unión Fenosa})^2 + \sum_{i=5}^{n} (\text{quota de mercado Outros})^2$$

Como $\sum_{i=5}^{n} (\text{quota de mercado Outros})^2$ tem um valor muito reduzido (sempre muito inferior a 50), e se desconhecem os valores individuais das respetivas quotas de mercado, despreza-se esta parcela. Assim:

$$HHI\ 2007 = 58^2 + 39^2 + 1^2 + 2^2 = 4890$$

$$HHI\ 2008 = 81^2 + 11^2 + 2^2 + 6^2 = 6722$$

$$HHI\ 2009 = 65^2 + 15^2 + 15^2 + 4^2 = 4691$$

$$HHI\ 2010 = 50^2 + 21^2 + 24^2 + 3^2 = 3526$$

$$HHI\ 2011 = 42^2 + 26^2 + 24^2 + 3^2 = 3025$$

Salienta-se que como não são fornecidas as percentagens das quotas de mercado das empresas com menor impacto no consumo de energia elétrica, a ERSE agrupou as mesmas na parcela “Outros”.

Dado que todos os valores recolhidos se encontram acima de 1800, verifica-se que existe uma concentração elevada do mercado.

No caso do ano de 2012, ao se agrupar os dados da Galp com os da FORTIA para se possuir a mesma metodologia utilizada no gráfico anterior, e se efetuar o cálculo da média das quotas de mercado anuais visíveis na figura 11, pode-se calcular que o índice HHI assume o seguinte valor:

$$HHI\ 2012 = 39^2 + 25^2 + 21^2 + 8^2 = 2651$$

Apesar de ser mais reduzido que o HHI de 2011 continua a considerar-se que em Portugal ainda existe uma alta concentração do mercado, verificando-se no entanto, uma tendência continuada para a diminuição dos níveis de concentração.

No entanto, tal como os vários tipos de consumidores possuem um papel diferente na percentagem de consumo do mercado liberalizado, também cada empresa

comercializadora possui um peso diferente na quota de mercado de cada tipo de consumidor.

Através da análise das figuras 12, 13, 14 e 15, pode-se afirmar que é a EDP que possui a quota de mercado maior nos quatro segmentos, sendo o segundo lugar partilhado pela Endesa e pela Iberdrola. No campo dos grandes consumidores e dos industriais, a Endesa quase iguala a quota da EDP Comercial.

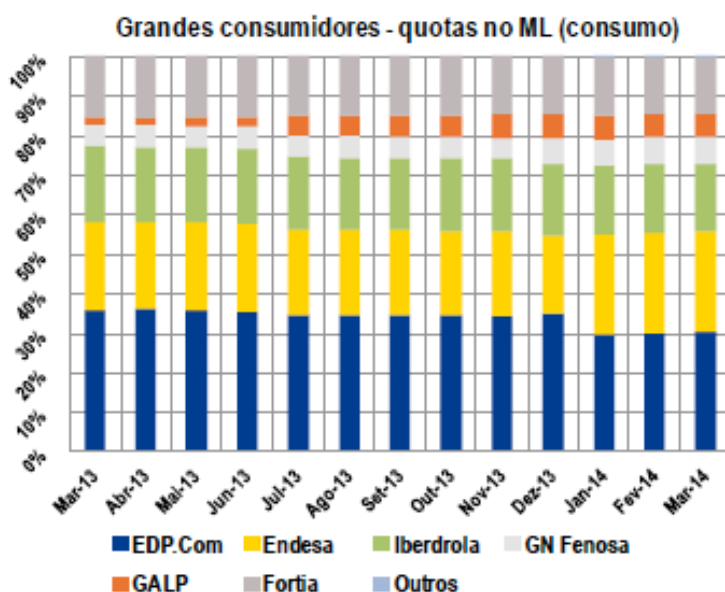


Figura 12 – Quotas de mercado dos grandes consumidores em 2013
 Fonte: Resumo informativo do mercado liberalizado da eletricidade 03/2014

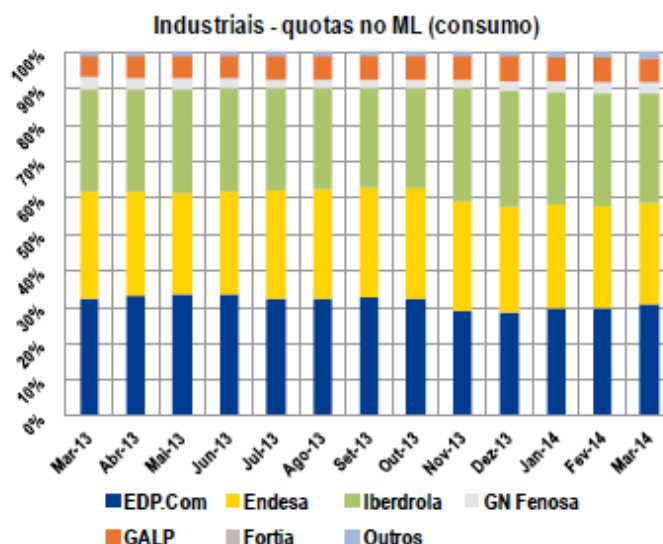


Figura 13 – Quotas de mercado dos consumidores industriais em 2013
 Fonte: Resumo informativo do mercado liberalizado da eletricidade 03/2014

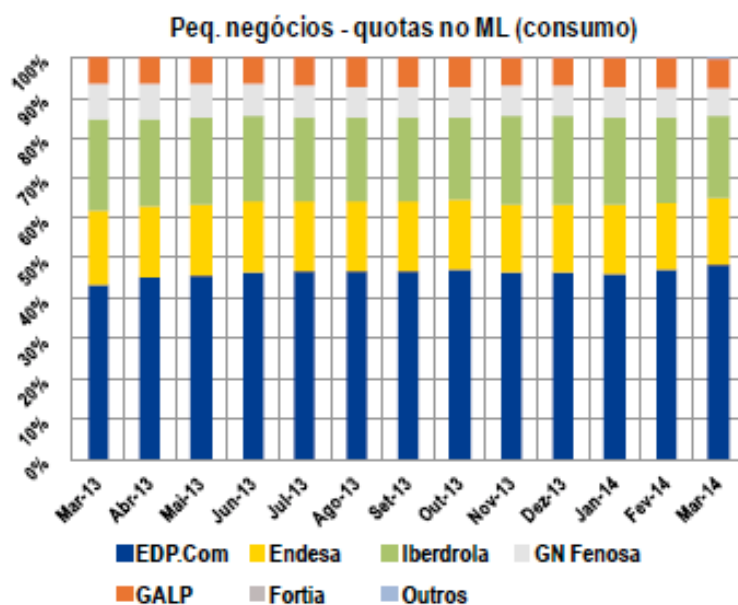


Figura 14 – Quotas de mercado dos consumidores pequenos negócios em 2013
 Fonte: Resumo informativo do mercado liberalizado da eletricidade 03/2014

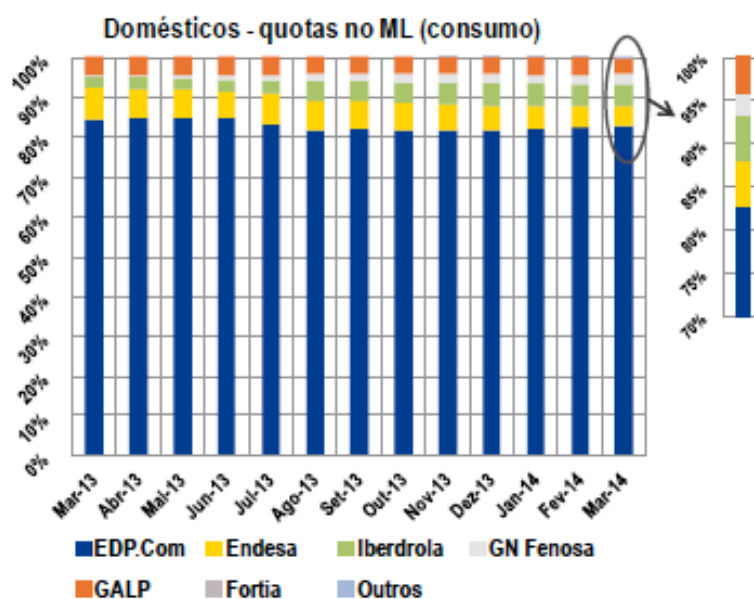


Figura 15 – Quotas de mercado dos consumidores domésticos em 2013
 Fonte: Resumo informativo mercado liberalizado eletricidade 03/2014

4.2. A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

A proteção dos consumidores é um objetivo geral da política dos Estados membros e da União Europeia e está a cargo da entidade reguladora do setor - a ERSE.

Para assegurar um elevado nível de proteção dos consumidores e por uma questão de verdadeira eficácia da regulação, o regulador possui competências efetivas em

determinados domínios.⁸¹

Em primeiro lugar, a ERSE possui competências para fixar as tarifas e preços das atividades reguladas. A lógica subjacente à existência da regulação económica é, precisamente, contrariar as falhas de mercado e alcançar os resultados, tanto quanto possível, que existiriam se o mercado funcionasse em condições de concorrência perfeita. Ora, o resultado principal do funcionamento em termos de concorrência perfeita deve ser, logicamente, um adequado preço final do serviço. A função do regulador é impedir as empresas monopolistas ou que detenham uma posição dominante no mercado de alcançarem os ganhos derivados dessa posição. Se os reguladores não puderem fixar as tarifas e preços do mercado regulado, então fica sem base fundamental a própria regulação⁸².

Em segundo lugar, possui competências que determinam as condições económicas e comerciais dos serviços como os padrões de qualidade e segurança, entre outros. De facto, não basta fixar o preço do serviço, é necessário estipular em que condições deve ser oferecido o serviço para determinar qual o preço adequado. Por outro lado, para os consumidores, não é suficiente garantir a proteção dos seus interesses económicos, que se expressam pelo binómio qualidade-preço, é igualmente necessário assegurar outros interesses como a acessibilidade geográfica ou a proteção do ambiente.

Os reguladores devem também possuir ou promover a existência de mecanismos céleres e eficazes de resolução de conflitos de consumo entre os consumidores e os profissionais. A proteção dos consumidores passa, necessariamente, por lhes assegurar um efetivo recurso a meios de efetivação prática dos seus direitos, tanto mais que, como se sabe, estes são normalmente litígios de pequena expressão monetária.

Finalmente, e no sentido de prevenir eventuais abusos de poder por parte dos comercializadores, a ERSE tem tido um papel fundamental na definição e defesa dos direitos dos consumidores, disponibilizando no seu sítio da internet o “Guia do Consumidor de Eletricidade no Mercado Liberalizado”, publicado em 2010, para responder às perguntas mais frequentes sobre o mercado que, complementado com os simuladores de potência a contratar, de comparação de preços e da faturação das tarifas reguladas, são uma excelente forma de informar o consumidor e incentivá-lo a tomar uma decisão sábia sobre a mudança de comercializador.

⁸¹ Cfr. Relatório Anual da ERSE para a Comissão Europeia, Agosto de 2013, p. 91.

⁸² HAVERBEKE, D., "Strengthening European Regulatory Powers", Eur Energy Rev, p. 25.

4.3. PODERES SANCIONATÓRIOS DA ENTIDADE REGULADORA

A Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro aprovou o regime sancionatório do setor energético e transpôs, de forma complementar à alteração dos Estatutos da Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos («ERSE»), as Diretivas n.ºs 2009/72/CE e 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, que estabelecem regras comuns para o mercado interno da eletricidade e do gás natural. A Lei 9/2013 veio estabelecer um conjunto de contraordenações relacionadas com a violação de normas relativas à regulamentação do setor energético, bem como o processo contraordenacional e de recurso seguido para eventual aplicação de coimas respeitantes às referidas contraordenações.

Uma leitura paralela da Lei 9/2013 e da nova Lei da Concorrência (Lei n.º 19/2012, de 8 de maio) permite sem dificuldade notar que as normas relativas ao processo contraordenacional, à aplicação de coimas e a recursos previstas na Lei 9/2013 são quase decalcadas das disposições análogas presentes na Lei da Concorrência, no que toca aos procedimentos contraordenacionais relativos a práticas restritivas da concorrência. Ainda antes de se avançar para uma análise crítica do regime, nos seus aspetos mais relevantes, importa recordar que este diploma surge já num contexto de liberalização do setor energético (eletricidade e gás natural), sendo todavia este setor fortemente regulado. Desse modo, a ERSE surge não apenas como responsável pela aplicação da regulação no seu contexto puramente setorial, mas também como um importante garante de um *level playing field*⁸³ no mercado (a par da AdC), impedindo, designadamente, que quaisquer operadores obtenham vantagens em relação aos demais por simplesmente não cumprirem as regras do setor a que se encontram adstritos.⁸⁴

No tratamento das denúncias, a Lei 9/2013 confere à ERSE a faculdade de selecionar aquelas que considera estarem devidamente fundamentadas e, relativamente às quais, faça sentido avançar com um processo contraordenacional, possibilidade esta aberta na Lei da Concorrência no tocante à AdC. O objetivo desta medida passa por

⁸³ A regulação setorial tem por objetivo proporcionar uma situação de relativa igualdade material que permita a aplicação de normas de defesa da concorrência.

⁸⁴ Cfr. KHAN, A., *The Economics of Regulation*, Volume I, MIT Press, 1989, pp. 1 a 19; SPULBER, D. *Regulation and Markets*, MIT Press, 1989, pp. 8 a 12 e 463 a 536; VISCUSI, W., VERNON, J e HARRINGTON, J., *Economics of Regulation and Antitrust*, 3rd Edition, The MIT Press, 2000, pp. 4 a 7.

permitir à ERSE uma gestão mais eficiente dos seus recursos. Contrariamente à Lei da Concorrência, no entanto, não é expressamente atribuída à ERSE a possibilidade de dar prioridades diferentes ao tratamento de questões que lhe incumbam, no âmbito da Lei 9/2013.

O procedimento contraordenacional divide-se em fases, cada qual com um determinado prazo (aberto a prorrogações), iniciando-se com uma fase de inquérito, a que se poderá seguir uma fase de instrução, e com uma decisão final. Em sede de inquérito, que pode ser aberto oficiosamente ou por denúncia, a ERSE vai investigar o caso, determinando se existem ou não infrações administrativas à legislação do setor energético, bem como recolher prova relevante. Analogamente à AdC, a ERSE possui agora diversos poderes de inquérito e inspeção, de apreensão de documentos e até a possibilidade de realizar buscas domiciliárias durante a fase de inquérito, ou noutros locais (incluindo veículos), caso existam fundadas suspeitas da existência de provas relevantes nesses locais e mediante pertinente despacho judicial a autorizar.

Estes poderes, análogos aos da AdC, fortalecem de forma relevante a capacidade de angariação de informação e da pertinente prova durante o inquérito.

A Lei 9/2013 permite também a transação e o arquivamento do processo contraordenacional com base na apresentação de compromissos, na fase de inquérito e na fase de instrução, tal como a Lei da Concorrência⁸⁵. Em caso de transação, o visado, após conversações com a ERSE, e tendo em conta o teor das mesmas, confessa a prática das infrações, beneficiando em contrapartida de uma redução de coima (redução essa, que poderá eventualmente acumular com a redução de coima advinda do regime da clemência). Os factos confessados nestes termos não poderão ser judicialmente impugnados. No caso de arquivamento mediante a apresentação de compromissos, a ERSE aceita arquivar o processo, com base na assunção, por parte do visado, de um conjunto de compromissos suscetíveis de eliminar os efeitos decorrentes das infrações em causa, cujo cumprimento será fiscalizado pela ERSE e impedirá a reabertura do processo. Contrariamente aos casos de transação, o visado não confessa a prática de qualquer infração, podendo a ERSE reabrir o processo, no prazo de dois anos, caso as condições não sejam cumpridas e caso tenha ocorrido uma alteração substancial da situação de facto em que a decisão se fundou. O objetivo destas medidas é o de aumentar a celeridade e a eficiência dos processos contraordenacionais. Por um

⁸⁵ Cfr. COSTA, A., *Novo Regime Jurídico da Concorrência: Anotado e Comentado*, Vida Económica, 2014, p. 14 e ss.

lado, permitem aos visados, no caso da transação, assumir a infração (em troca de uma redução da coima), possibilitando poupar recursos relativos à investigação e a um previsível processo judicial subsequente. Por outro lado, ao nível da possibilidade de assunção de compromissos, tal permitirá a resolução dos problemas regulatórios que a ERSE tenha identificado, recebendo o visado, em troca, a inexistência de uma decisão relativa à infração e a correspondente ausência de coima.

A Lei 9/2013 estabelece um conjunto alargado de contraordenações aplicáveis a entidades intervenientes no Sistema Elétrico Nacional («SEN») que exerçam atividades sujeitas à supervisão da ERSE, utilizando a já tradicional divisão de contraordenações muito graves, graves e leves. Os critérios utilizados para determinar a medida da coima são essencialmente os mesmos utilizados na mesma sede pela AdC, incluindo a duração da infração, o seu impacto no cumprimento das atribuições da ERSE e interesse geral dos setores regulados, os benefícios patrimoniais e não patrimoniais de que hajam beneficiado as entidades infratoras em consequência da infração, o grau de participação e a gravidade da conduta da entidade infratora, o comportamento da mesma na eliminação das práticas faltosas e na reparação dos prejuízos causados, a situação económica dos visados pelo processo, os antecedentes contraordenacionais e a colaboração com a ERSE. Em caso de infração de reduzida gravidade, sanável, da qual não tenham resultado danos para o setor regulado em causa, para os consumidores e para a atividade regulatória da ERSE, poderá a entidade infratora ser apenas punida com admoestação escrita, publicada no sítio de Internet daquela entidade reguladora.

O valor das coimas é determinado com base no volume de negócios da empresa infratora, tal como na Lei da Concorrência.

Também como previsto na Lei da Concorrência, e em condições algo similares, encontra-se estabelecido na Lei 9/2013 um regime de dispensa ou redução da coima (denominado regime de «clemência»⁸⁶ - um instituto típico a nível europeu, e mesmo à escala internacional, dos sistemas de defesa da concorrência, utilizado em particular para a deteção de cartéis, que por natureza são secretos e dificilmente descobertos pelas autoridades). O intuito da inclusão do regime da clemência na Lei 9/2013 prender-se-á, certamente, com o incentivo à cooperação com a ERSE no âmbito dos

⁸⁶ O Programa de Clemência previsto no capítulo VIII da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio - artigos 75.º a 82.º - estabelece o regime jurídico da dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência.

processos de contraordenação, no sentido do arguido confessar a sua participação na infração, necessariamente carreando também prova da participação de terceiros.

Poderá a ERSE, neste âmbito, conceder dispensa (total) da aplicação de coima, ou a redução da mesma até 50% do seu montante, caso se cumpram cumulativamente os requisitos previstos na Lei 9/2013, em particular o da cooperação plena e continuada com a ERSE (desde o momento da apresentação do pedido de dispensa ou redução e até ao fim do processo contraordenacional). Esta dispensa ou redução pode também abranger os titulares dos órgãos de administração, ou os responsáveis na empresa em causa pela direção ou fiscalização das áreas de atividade em que foi praticada a infração.

Em suma, o novo regime sancionatório do setor energético prevê uma enumeração alargada de contraordenações aplicáveis a entidades intervenientes no SEN, bem como de um conjunto relevante de poderes de investigação por parte da ERSE, incluindo ainda regimes típicos do direito europeu e nacional de defesa da concorrência, relativos à transação, arquivamento com compromissos e clemência⁸⁷, vocacionados (na intenção do legislador) para melhorar a eficiência do processo contraordenacional.

Também não poderíamos deixar de salientar, a expressa intervenção do recém criado Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, que servirá de primeira instância judicial de recurso das decisões da ERSE.

Não obstante, a opção do legislador aqui vincada - de algum paralelismo deste novo regime sancionatório do setor energético à Lei da Concorrência, não se encontra livre de alguns receios.

Desde logo, a (nova) Lei da Concorrência (onde, conforme vimos, o legislador se inspira, em particular, ao nível da inclusão dos regimes da transação, arquivamento com compromissos e da clemência) ainda está longe de se encontrar efetivamente testada, na prática, em Portugal. Por exemplo, não obstante o instituto da clemência já se encontrar vigente no regime português da defesa da concorrência desde 2006, somente existiram até agora três casos (públicos) de utilização daquele instituto por parte da AdC, o que poderá indiciar que, ao nível de um setor tão específico como o da Energia, se afigure ainda mais escassa a sua possibilidade de utilização durante a

⁸⁷ NABAIS, J., SILVA, S., O Memorando da "Troika" e as Empresas, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Colóquios - n.º 5, Almedina, 2012, p 12.

vigência da Lei 9/2013⁸⁸. Por sua vez, os regimes da transação e de arquivamento com compromissos, constantes da Lei da Concorrência, ainda não foram efetivamente testados pela AdC (o que, em abono da verdade, também seria difícil, pois o novo regime de defesa da concorrência, onde eles aparecem pela primeira vez, fez somente agora dois anos de vigência).

Por último, devemos também salientar que existirá necessariamente um «fator cultural» a ter em conta, relativamente à pretensa utilização de um regime como o da clemência no âmbito da Lei 9/2013.

Considerando a notória dificuldade por parte de muitas autoridades da concorrência nacionais (sobretudo da Europa continental, e em particular do sul, com uma tradição distinta da dos países anglo-saxónicos) em implementar o regime da clemência junto do tecido empresarial, mesmo ao nível do combate aos cartéis (v.g., quiçá, por uma certa cultura de aversão à «delação» nos países em causa), poderá parecer eventualmente um pouco vanguardista a implementação, desde já, de um instituto de «autodenúncia» no seio do regime regulatório energético em Portugal, sem ao menos ter «amadurecido» o suficiente tal regime da clemência no âmbito do sistema de defesa da concorrência neste país.

4.4 - PREÇOS

A formulação e o método de cálculo das tarifas reguladas e preços de energia elétrica⁸⁹ em Portugal são definidos através do RT⁹⁰, aprovado e aplicado pela ERSE nos termos conjugados dos artigos 61.º e 62.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro, bem como dos artigos 66.º e 67.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de agosto.

O RT abrange os agentes que desenvolvam atividades reguladas (distribuição, transporte, comercialização de último recurso de energia elétrica e operador logístico de mudança de comercializador), ou aqueles aos quais, por atuarem no setor elétrico,

⁸⁸ HENRIQUES, M., CUNHA, C., Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense, Almedina, 2013, pp. 124-129.

⁸⁹ Os preços obtidos em regime concorrencial refletem, necessariamente, as tarifas reguladas.

⁹⁰ A ERSE aprovou e publicou o atual RT para o setor elétrico através do Regulamento ERSE n.º 2/2011, de 27 de julho, tendo revisto alguma das suas disposições em Dezembro de 2011 tendo em vista a adaptação do RT à publicação dos seguintes diplomas: (i) Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de junho, que transpõe para o direito nacional a Diretiva n.º 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho, (ii) a Portaria n.º 279/2011, de 17 de outubro, (iii) Decreto-Lei n.º 109/2011, de 18 de Novembro. A publicação da Diretiva n.º 6/2011 materializa as referidas alterações. Cfr www.erse.pt.

ainda que exercendo atividades não reguladas, sejam aplicadas tarifas como contrapartida do uso das infra-estruturas⁹¹.

As tarifas são estabelecidas por forma a permitir a recuperação dos custos incorridos e a proporcionar os proveitos às entidades envolvidas⁹², por atividade, na cadeia de valor do setor elétrico.

Os preços da eletricidade no mercado português são compostos por três fatores: a Energia, a Rede e os Custos de Interesse Económico Geral (CIEG). A componente Energia resulta dos preços formados no mercado de eletricidade e inclui os custos de comercialização, as tarifas de acesso às Redes são fixados pelo regulador (ERSE) e os CIEG resultam dos impostos e taxas fixadas por decisão do Governo.⁹³

A estrutura da TVCF, tarifa que se coloca no centro da análise ora efetuada resulta da adição dos preços das tarifas aplicáveis em cada nível de tensão e opção tarifária aos clientes do CUR (princípio da aditividade), compreendendo, assim, as tarifas aplicáveis nas fases da cadeia de valor que lhe precederam. Trata-se, pois, da aplicação da regra geral de determinação de preços eficientes, a qual estabelece que deverá haver igualdade entre o preço do bem ou serviço e o seu custo marginal, que a verificar-se, assegura o pagamento efetivo dos custos associados ao mesmo.⁹⁴

O princípio da aditividade não é, no entanto, um princípio que se sobreponha aos da igualdade de tratamento e oportunidades, da uniformidade tarifária, da proteção dos clientes face à evolução das tarifas e da estabilidade das tarifas face à expectativa dos consumidores.

Com efeito, e tendo presente que as tarifas são fixadas pelo regulador e não formadas por mecanismos de mercado, a intenção (política) de evitar alterações nos preços finais aplicados a clientes finais (especialmente aos pequenos consumidores) tem resultado na construção de instrumentos artificiais que limitam o crescimento das tarifas.

Conforme podemos aferir pela seguinte tabela, os preços da eletricidade em

⁹¹ Em Portugal continental, são os seguintes: a) clientes; b) comercializadores; c) comercializador de último recurso; d) operadores das redes de distribuição em AT e MT; e) operadores das redes de distribuição exclusivamente em BT; f) operador da rede de transporte; g) agente comercial; h) produtores em regime ordinário; i) produtores em regime especial; j) operadores de mercado e l) operador logístico de mudança de comercializador.

⁹² Nos termos do disposto no artigo 18.º, n.º 2 do RT, as entidades que exercem atividades reguladas só podem propor à ERSE a aplicação de tarifas que proporcionem níveis de proveitos inferiores aos estabelecidos por aquela.

⁹³ Cfr. ERSE, «Nota informativa - Composição dos preços de Eletricidade em 2013».

⁹⁴ Cfr. «Estrutura Tarifária do Setor Elétrico em 2013», ERSE.

Portugal têm refletido algum grau de estabilidade com apenas uma ligeira tendência de subida.

	2009S1	2009S2	2010S1	2010S2	2011S1	2011S2	2012S1	2012S2	2013S1	2013S2
European Union (28 cc)	0.1224	0.1212	0.1218	0.1246	0.1281	0.1314	0.1335	0.1377	0.1370	0.1381
European Union (27 cc)	0.1226	0.1214	0.1221	0.1249	0.1284	0.1317	0.1338	0.1379	0.1372	0.1383
Euro area (EA11-2000)	0.1246	0.1232	0.1233	0.1253	0.1293	0.1320	0.1330	0.1360	0.1360	0.1372
Portugal	0.1264	0.1383	0.1093	0.1061	0.1015	0.1068	0.1105	0.1174	0.1210	0.1243
Spain	0.1294	0.1381	0.1417	0.1492	0.1597	0.1684	0.1766	0.1789	0.1752	0.1787
France	0.0908	0.0908	0.0940	0.0995	0.0994	0.1017	0.0986	0.1026	0.1007	0.1099
Italy	:	:	:	0.1387	0.1397	0.1412	0.1445	0.1525	0.1498	0.1501
Greece	0.1055	0.0942	0.0975	0.0959	0.1025	0.1003	0.1065	0.1072	0.1170	0.1193

Tabela 2 - Evolução dos preços de eletricidade para consumidores domésticos

Fonte: EUROSTAT

No entanto, a não repercussão dos custos e encargos associados ao SEN, especialmente nas faturas dos consumidores em baixa tensão, implica a fixação de tarifas e preços que, em bom rigor, não traduzem o real valor da energia elétrica criando-se assim um défice tarifário.

A verdade é que todos os agentes envolvidos no setor estão vinculados ao pagamento de tarifas reguladas⁹⁵, mesmo no caso dos clientes finais de comercializadores a atuar no mercado liberalizado, visto que o respetivo preço reflete, necessariamente, os custos incorridos ao longo da cadeia de valor. Ou seja, ainda que o consumidor contrate o fornecimento da sua energia elétrica em regime de mercado, o comercializador "constrói" o seu preço considerando não só o comportamento do mercado, mas também as tarifas reguladas que terão de ser suportadas (pelo próprio e pelos seus clientes finais), acrescidas dos proveitos que pretende arrecadar.

Os comercializadores acordam os seus preços de fornecimento livremente, incluindo sempre uma parcela que corresponde às tarifas de acesso às redes, estabelecidas nos termos do RT.

O primeiro passo no sentido da limitação do crescimento tarifário deu-se quando o Governo indexou esses aumentos para consumidores em BT à taxa de inflação, por via do n.º 4 do art.º 4.º do Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de julho. No entanto, a não tradução dos custos e encargos do SEN nas tarifas impossibilitou a recuperação de proveitos pelos agentes regulados, originando um défice tarifário que seria recuperado nos anos vindouros.

Esta limitação não foi, no entanto, acolhida pelo Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15

⁹⁵ Com exclusão da TE, que não é refletida no preço dos consumidores finais.

de fevereiro, que revogou o mencionado artigo.

Neste contexto, e ainda em 2006, a ERSE, refletindo a remoção do limite aos aumentos tarifários para os consumidores em BT, elaborou a sua proposta de tarifas e preços para o ano de 2007, propondo um aumento de 15,7% no preço da eletricidade. No entanto o Governo considerou que se tratava de um aumento tarifário excessivo, reduzindo esse valor para 6%⁹⁶.

A solução para diluir esses custos e adiar o seu pagamento surgiu com a publicação do Decreto-Lei n.º 237-B/2006, de 18 de dezembro, que definiu as regras aplicáveis à recuperação do défice tarifário devido às entidades reguladas.

A preocupação com a manutenção da estabilidade tarifária num ambiente de livre concorrência manifestou-se para além do mencionado diploma, publicando-se em 2008, o Decreto-Lei n.º 165/2008, de 21 de agosto que definiu o regime aplicável às situações excecionais e suscetíveis de causar variações tarifárias significativas.

Nesse ano, a ERSE considerou estarem verificadas essas circunstâncias especiais, suscetíveis de provocar impactos tarifários significativos, dada a subida abrupta dos custos dos combustíveis fósseis, o que fez aumentar ainda mais a diferença entre os custos da eletricidade e o preço de venda ao consumidor final.

Para além do défice tarifário, que se reporta aos custos e encargos associados ao funcionamento do SEN que as entidades reguladas deixaram de auferir (sem prejuízo de manterem o direito à sua cobrança) existem outros montantes de enorme importância que se reportam à compensação pela cessação antecipada dos CAE, nos termos do Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro.⁹⁷

A cessação destes contratos surge no seguimento da enorme aposta que o país fez na área das energias renováveis, tendo-se logrado o fantástico resultado de, em apenas dez anos, se obter um consumo total através de fontes endógenas na ordem dos 50%, quando em 1999 correspondia apenas a 2%.⁹⁸

Assim, a par da liberalização do setor elétrico e consequente abertura à concorrência, pudemos assistir na última década à ascensão no mercado energético da

⁹⁶ Declarações de Jorge Vasconcelos, antigo presidente da ERSE ao semanário Sol em 2 de maio de 2013, *sito in* <http://www.sol.pt/noticia/74141>.

⁹⁷ Alterado pelo Decreto -Lei n.º 199/2007, de 18 de maio e pelo Decreto-Lei n.º 246/2007, de 324 de julho.

⁹⁸ *"Existem atualmente 220 parques eólicos em Portugal, representando 2265 aerogeradores, com uma potência total instalada de 4332 MW. Em termos de energia hídrica, temos cerca de 60 barragens para produção de eletricidade, prevendo-se a construção de outras oito no âmbito do Plano Nacional de Barragens (PNB), aprovado em 2007."* Boletim da Ordem dos Advogados, Mensal. N.º 95, p. 23, outubro de 2012.

força do mundo das renováveis. Neste contexto, foi necessário proceder a toda uma nova racionalização dos papéis que os diferentes *players* enquanto produtores de eletricidade teriam na confluência de toda a energia que seria disponibilizada à rede.

A verdade é que as vicissitudes económicas e legais próprias das fontes de energia derivadas da PRE, entre as quais o aspeto negativo da intermitência, o direito de venda de eletricidade em primeiro lugar em relação à PRO⁹⁹, a obrigação do CUR adquirir "a eletricidade produzida pelos produtores em regime especial"¹⁰⁰ e ainda as tarifas bonificadas de energia como custos de uma política energética de incentivo e de interesse económico geral, tornou necessário também, assegurar uma contínua produção de energia, por imperativos de uma contínua capacidade de resposta à rede, em nome da qualidade e segurança do fornecimento aos consumidores que só a produção em regime ordinário poderia conceder.

Desta forma surgiram os Custos de Interesse Económico Geral (CIEGs)¹⁰¹ vistos como um sobrecusto a somar aos custos da energia elétrica e utilização das redes, e que são constituídos pelos custos do Mecanismo de Garantia de Potência¹⁰², os Custos inerentes à atividade de Gestão dos Contratos de Aquisição de Energia (CAEs) remanescentes, o diferencial de custos com a aquisição de energia elétrica em regime especial (PRE), os custos implícitos na convergência tarifária das Regiões autónomas dos Açores e da Madeira, o "défice tarifário" e os Custos com a Manutenção do Equilíbrio Contratual (CMECs).

Os CAEs existiam e faziam sentido antes do processo de liberalização, uma vez que os produtores tinham uma relação de exclusividade com a concessionária da RNT e eram remunerados pela disponibilidade de energia colocada em rede, pelos investimentos por si efetuados, e ainda por um custo variável com a sua produção¹⁰³. A partir do Decreto-Lei 185/2003, de 20 de agosto, mais concretamente pelo seu artigo 13.º, foi necessário proceder à cessação antecipada dos CAEs celebrados pois além de serem incompatíveis com os princípios da concorrência e das normas de integração europeia e ibérica (MIBEL) para o mercado comum elétrico, não seria aconselhável, que o operador de rede pudesse obter energia elétrica para comercialização frustrando

⁹⁹ Cfr. n.º 1.º do art.º 20.º do Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de junho.

¹⁰⁰ Cfr. alínea a) do n.º 1 do art.º 55.º do Decreto-Lei n.º 172/2006 e os artigos 75.º e 76.º do Regulamento de Relações Comerciais do Setor Elétrico disponível in <https://provedordocliente.edp.pt>

¹⁰¹ Cfr. artigo 76.º do Regulamento Tarifário do Setor Elétrico disponível in www.erse.pt

¹⁰² Cfr. artigo 78.º do Regulamento Tarifário do Setor Elétrico disponível in www.erse.pt

¹⁰³ <http://galpenergia.com/PT/agalpenenergia/os-nossos-negocios/Gas-Power/Power/Paginas/Negocio-da-electricidade-em-Portugal.aspx>.

os investimentos realizados anteriormente pelos produtores, frustrando assim contratos já celebrados. Nessa medida, surgiu a necessidade de se recorrer a um mecanismo de compensação económica, substituindo os CAEs por CMECs.

Os CMECs foram introduzidos pelo Decreto-Lei n.º 185/2003, de 20 de agosto e foram posteriormente regulados pelo Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro (alterado pelo Decreto-Lei n.º 199/2007, de 18 de maio e pelo Decreto-Lei n.º 264/2007, de 24 de julho), e o Decreto-Lei n.º 15/2005 de 7 de janeiro. Têm por base os "custos de transição para a concorrência" que na América do Norte, foram introduzidos em 1996 e ficaram conhecidos como CTCs - *Competition Transition Charges*, entendendo uma parte da doutrina que estes custos têm uma natureza "regulatória" de compensação de custos pelo fim dos monopólios exclusivos firmando assim a necessidade de proteção do princípio da confiança¹⁰⁴.

Assim, estes contratos têm como função assegurar que os níveis de remuneração dos produtores que possuíam contratos de aquisição de energia com rendimento garantido até 2017 se mantêm ao mesmo nível, por forma a que os produtores possam recuperar os avultados investimentos que realizaram na construção das centrais eletroprodutoras.

Desta forma, os produtores abrangidos por CMECs, passam a fazer ofertas de energia no mercado grossista, simulando o funcionamento em mercado livre, beneficiando, no entanto, deste mecanismo de compensação que permite a recuperação de investimentos efetuados, caso o funcionamento em mercado livre resulte em *cash-flows* inferiores aos recebidos ao abrigo dos CAEs.

O grande problema surge do facto de se ter verificado um forte investimento nas energias renováveis e, ao mesmo tempo, estas centrais em PRO que tinham sido construídas para funcionar como centrais de base ou de produção industrial/massificada passarem a servir apenas de *back-up* em relação à PRE. Assim, os custos fixos dos investimentos realizados são manifestamente desproporcionais em relação à energia efetivamente produzida, tornando a realidade um tanto desfasada dada a "excessiva" remuneração garantida por estes custos.

Ora, o Memorando de Entendimento das Condicionalidades de Política Económica, também conhecido como Memorando da *Troika*, assinado pelo Estado Português, Fundo Monetário Internacional e a União Europeia (Comissão Europeia e

¹⁰⁴ GONÇALVES, PEDRO, [Regulação, Eletricidade e Telecomunicações - Estudos de Direito Administrativo da Regulação], Coimbra Editora, 2008, p. 6.

Banco Central Europeu) em maio de 2011, consubstanciou a necessidade da adoção de um conjunto de medidas políticas e económicas a ser implementadas em Portugal no âmbito da assistência financeira requerida para o controlo do excessivo défice externo.

No ponto 5 "Mercados de bens e serviços" está especificado para o setor da energia, a necessidade de se proceder não só à "conclusão da liberalização dos mercados da eletricidade e do gás", mas também, de rever os "instrumentos existentes" que possam "limitar os sobrecustos associados à produção de eletricidade nos regimes ordinário e especial". Ora, a necessidade de revisão destes mecanismos existentes dos quais fazem parte os CMECs está também ligado aos imperativos exigidos para a "concorrência, contratos públicos e ambiente empresarial" onde se salienta a necessidade de "assegurar condições concorrenciais equitativas e minimizar comportamentos abusivos de procura de rendimentos (*rent-seeking behaviours*) reforçando a concorrência e os reguladores setoriais".

A avaliação do sobrecusto associado aos CMECs, estipulado no ponto 5.6 do aludido Memorando, vem claramente plasmar esta necessidade "da renegociação ou de revisão em baixa", dos custos associados a estes contratos pagos a produtores em regime especial.

Ora, são os CMECs que constituem a *fatia de leão*¹⁰⁵ das chamadas "rendas excessivas"¹⁰⁶ no setor da eletricidade. Com efeito, a remuneração que para estes custos é atribuída pelo Estado constitui a maior despesa de entre as várias componentes que globalizam estas rendas, perfazendo, segundo o Relatório da Secretaria de Estado da Energia¹⁰⁷, um total de 165 milhões de euros, contra os 54 milhões de euros atribuídos às eólicas e os 42 milhões de euros da cogeração.

Assim, estima-se que se forem alteradas estas remunerações com os encargos atrás descritos, assistiremos a um aumento das tarifas de eletricidade na ordem dos 4% a 5% até 2020, isto sem contar com a inflação e a crescente oscilação de preços do petróleo nos Mercados Internacionais.

Todos estes sobrecustos que são incluídos na fatura elétrica na categoria geral "Acesso às redes", sem maior explicação, fazem aumentar a parte fixa da tarifa de eletricidade fazendo com que os valores final da fatura venha a aumentar

¹⁰⁵ Dos 299 milhões de euros de rendas anuais que são transferidos dos consumidores para os produtores, 165 milhões são para CMECs.

¹⁰⁶ Do inglês "*excessive rent*" e que corresponde à vantagem comparativa atribuída por remuneração, permitindo uma superioridade de lucros que não se verificariam se a empresa atuasse por si só no mercado concorrencial.

¹⁰⁷ Disponível in <http://ionline.pt/sites/default/files/discurso-do-ex-secretario-de-estado.pdf>

insistentemente.

Quanto ao valor da energia cobrada pelos diferentes comercializadores no mercado liberalizado, após uma aturada análise do documento "Preços de Referência no Mercado Liberalizado de Energia Elétrica em Portugal Continental"¹⁰⁸, no que ao consumidor em análise diz respeito, que é o doméstico, verificamos uma enorme similitude nos preços praticados, com as diferenças a reduzirem-se, a maior parte das vezes, a centésimas de cêntimo, tornando a escolha de fornecedor uma decisão complexa.

Deste modo, têm servido como incentivo à decisão de escolha dos consumidores, os ligeiros descontos de 3 e 5% que os retalhistas no mercado liberalizado têm apresentado aos consumidores domésticos. Estes descontos têm surgido na sequência de Leilões de Eletricidade promovidos pela associação de Defesa dos Consumidores, por forma a baixar os preços praticados, pela associação de um grande número de consumidores, aumentando assim o seu poder negocial.

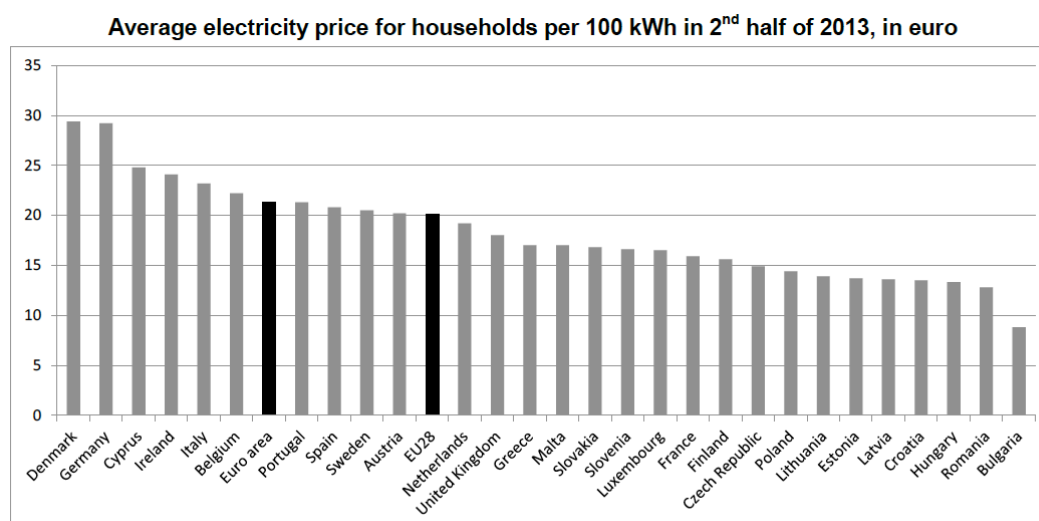


Figura 16 - Preço da eletricidade para consumidores domésticos na Europa

Fonte: Eurostat

No entanto os resultados têm sido tímidos e de curta duração, mantendo-se em Portugal a prática de preços de eletricidade dos mais altos da Europa, conforme se verifica no gráfico supra. Por essa razão, encontra-se atualmente em curso a segunda iniciativa deste género pela DECO, aguardando-se o desfecho da iniciativa.

¹⁰⁸ Disponível in http://www.erse.pt/pt/Simuladores/Documents/Pre%C3%A7osRef_BTN.pdf

5. DISTORÇÃO À CONCORRÊNCIA

No âmbito do acompanhamento permanente do setor elétrico levado a cabo pela Autoridade da Concorrência, esta entidade emitiu em Novembro de 2013, uma recomendação ao Governo relativa ao regime de Auxílios de Estado denominado por Custos de manutenção para o Equilíbrio Contratual (CMEC). A Autoridade detetou indícios de baixos níveis de utilização das centrais hidroelétricas que beneficiam do sistema de auxílio CMEC¹⁰⁹ em comparação com centrais hidroelétricas em regime de mercado.¹¹⁰ A partir da informação publicada pela REN no sítio www.mercado.ren.pt, verificou-se que esta situação ocorreu com especial contraste nos casos em que uma mesma barragem dispõe, simultaneamente, de grupos geradores em regime CMEC e grupos geradores em regime de mercado.

Os CMEC constituem a compensação atribuída à EDP pela rescisão antecipada dos Contratos de Aquisição de Energia, modelo económico-financeiro pelo qual se regia a operação e comercialização da energia produzida para uma parte significativa do seu parque eletroprodutor.

Por decisão da Comissão Europeia adotada em 2004¹¹¹, os CMEC foram qualificados como um Auxílio de Estado nos termos do n.º 1 do artigo 87.º do Tratado CE (atual n.º 1 do artigo 107.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia).

O cálculo deste auxílio tem uma parte fixa e uma parte variável, sendo esta última calculada de acordo com um mecanismo de revisibilidade indexado aos níveis de produção. Na verdade, da análise efetuada pela AdC, concluiu-se que a forma de cálculo do mecanismo de revisibilidade CMEC permite à beneficiária desse auxílio conseguir ampliar a vantagem económica sobre os seus concorrentes, ampliando a distorção da concorrência que decorre do próprio auxílio.

Nos termos do artigo 65.º, n.º 1, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência), os auxílios concedidos pelo Estado não devem restringir, distorcer ou afetar de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, pelo que se justificou que a AdC, nos termos e para os efeitos do art.º 65.º, n.º 2, da Lei da

¹⁰⁹ Centrais que beneficiam de compensações pela rescisão antecipada dos Contratos de Aquisição de Energia, denominadas por Custos para a Manutenção do Equilíbrio Contratual, instituídas pelo Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 199/2007, de 18 de maio, 264/2007, de 24 de junho e 32/2013, de 26 de fevereiro.

¹¹⁰ Centrais hidroelétricas que não beneficiam de CMECs.

¹¹¹ Auxílio Estatal n.º 161/2004 - Portugal, Custos ociosos em Portugal, de 22 de setembro de 2004.

Concorrência, e dos artigos 6.º, n.º1, alíneas a), b), c), f), 7.º, n.º4, alínea b) e 17.º, n.º 1, alínea e) dos seus Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, formulasse ao Governo uma recomendação para eliminar os efeitos negativos sobre a concorrência que resultem desses auxílios.

Para melhor ilustração da situação, apresentam-se os resultados relativos à central de Picote, que dispõe de 3 grupos em regime CMEC (unidade física de Picote) e 1 grupo em regime de mercado (unidade física de Picote 4), que entrou ao serviço em finais de 2011. Os mesmos grupos de ambos os regimes partilham o mesmo recurso hidrológico e encontram-se sobre a mesma esfera de decisão, diferindo no entanto o regime em que são explorados. No regime de mercado, as receitas revertem para a empresa, enquanto no regime CMEC, essas mesmas receitas revertem para a liquidação dos encargos fixos dos CAEs antecipadamente cessados em 2007. Pertence ao respetivo gestor alocar o afluxo hidrológico a cada um dos grupos.

Entre 1 de janeiro de 2012 e 31 de Agosto de 2012, os grupos geradores CMEC de Picote realizaram uma receita de 51.903 Euros (sem considerar a receita de energia de regulação secundária¹¹²), que beneficiaram os consumidores numa redução de igual montante na compensação paga, ao passo que o grupo gerador em mercado de Picote 4 apurou uma receita de 7.718.522 Euros (sem considerar a receita de energia de regulação secundária), que reverteram para os lucros da empresa beneficiária - EDP.

Da análise efetuada resulta que o risco de sobrecompensação no modo de cálculo da revisibilidade CMEC significa que a empresa beneficiária dessas compensações financeiras possa conseguir obter benefícios superiores àqueles que haviam sido contratados nos CAE.

O risco de sobrecompensação no auxílio concedido é um fator de distorção de concorrência, dado que confere à beneficiária do auxílio a possibilidade de ampliar a vantagem económica sobre os seus concorrentes.

Face ao exposto, e por estar em causa um auxílio público nos termos do artigo 65.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, e existindo um risco que esse auxílio público permita que o seu beneficiário amplie a vantagem sobre os seus concorrentes, e tendo em vista eliminar os efeitos negativos sobre a concorrência resultantes desse auxílio, a Autoridade da Concorrência recomendou ao Governo, que altere o mecanismo de

¹¹² O serviço de telerregulação é remunerado em função da disponibilidade e da energia efetivamente movimentada. A remuneração da disponibilidade é a que se estabelece nos leilões de banda secundária, e resulta do preço do leilão aplicado à banda de regulação vendida.

revisibilidade CMEC, instituído no Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro¹¹³, de forma a que as compensações se determinem apenas na base de comportamentos eficientes na produção de energia. Este modelo deverá ser sujeito a consulta pública e a parecer da ERSE. Recomendou também que se solicite uma auditoria independente no sentido de proceder à avaliação do risco de sobrecompensação e um apuramento dos auxílios concedidos no passado em excesso daqueles que seriam concedíveis na base de comportamentos eficientes. Por fim, deve o Governo notificar a eventual revisão do regime de auxílios CMEC no seguimento da recomendação da AdC à Comissão Europeia, em cumprimento do artigo n.º 108.º, n.º 3, do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

6. A «LIBERALIZAÇÃO DO MERCADO ENERGÉTICO EM PORTUGAL» - VERDADEIRA CONCORRÊNCIA? ANÁLISE DE RESULTADOS

O mercado português tem sofrido, ao longo dos anos, várias alterações para a adaptação à sua liberalização, sendo que por vezes foram adotados períodos de adaptação mais prolongados para diminuir o impacto da mudança, tendo sido essa uma das razões para a notificação efetuada pela União Europeia em 2009.

Passando à análise dos efeitos da liberalização no mercado elétrico Português, verificamos no que se refere à variação do consumo de energia elétrica em Portugal, visível nas figuras 3 e 4, que a variação do consumo do ano 2007 para 2008 foi positiva em 1%, sendo que em 2009 não conseguiu resistir à tendência europeia e diminuiu 1,4%, retomando o crescimento em 2010, em 4,7%, e mantendo essa tendência em 2011 e 2012.

No entanto, se a análise for restringida à variação do consumo no mercado liberalizado (figura 8), a tendência apresenta-se de forma muito diferente, verificando-se uma grande quebra no ano de 2008, vindo em 2009 a recuperar e a ultrapassar o valor registado em 2007.

A variação negativa verificada em 2008 deveu-se ao facto da tarifa regulada aplicada nesse ano ter ficado muito abaixo dos preços praticados pelos comercializadores do mercado liberalizado pois, na altura da definição dos preços a

¹¹³ Alterado pelos Decretos-Lei n.ºs 199/2007, de 18 de julho e 32/2013, de 26 de fevereiro.

praticar no ano seguinte aos clientes finais, não foi possível ter em consideração os efeitos da crise económica e financeira que iriam surgir, tendo sido necessário em 2009 aumentar as tarifas reguladas o suficiente para compensar o desfasamento que houve no ano anterior.

Ao analisar o peso do mercado liberalizado por tipo de consumidores através da figura 8, rapidamente se constata que o segmento que menor peso e menor variação apresenta no consumo no mercado liberalizado, é o consumidor doméstico, pelo simples facto de ser o tipo de cliente menos sensível à variação de preços e por vezes o menos conhecedor nesta área.

Apesar dos dados enunciados, se for analisado o número de clientes domésticos neste mercado (figura 6), verifica-se que é cada vez maior, e que embora em termos de consumo, não possua um peso muito elevado, possui-o em número de clientes, o que remete para a conclusão de que a transição dos clientes do mercado regulado para o liberalizado se encontra a decorrer de forma progressiva e num sentido ascendente.

Relativamente ao grau de intensidade de concentração do mercado liberalizado, o índice HHI aplicado ao contexto português é sem dúvida uma ferramenta essencial para esta análise, dado que é possível verificar, mesmo dentro do parâmetro da alta concentração, qual ou quais as empresas que estão a criar uma maior pressão na concentração e qual a tendência da mesma ao longo do tempo.

Através dos cálculos efetuados no capítulo quatro, e da análise das figuras 10 e 11, é possível verificar-se que desde 2006 até 2012 existe uma alta concentração inquestionável no mercado retalhista português, especialmente devido à elevada quota de mercado apresentada pela EDP. Através da análise das figuras 12, 13, 14 e 15, podemos verificar que a concentração mais elevada se encontra registada no segmento dos consumidores domésticos, onde em 2011 a EDP apresentou uma quota de mercado de cerca de 88% tendo a restante percentagem sido garantida, quase na totalidade pela Endesa.

No que se refere à tendência da intensidade de concentração, é difícil fazer uma previsão da mesma devido às variações negativas e positivas que os valores do HHI apresentam desde 2006 até 2012, no entanto se tivermos em atenção que os valores desde 2008 têm tido uma tendência para diminuir, e que têm vindo a ser tomadas medidas adicionais de promoção da concorrência e da transparência de informação, é expectável que o índice de concentração continue a baixar. No entanto, ainda poderá demorar alguns anos até que este índice atinja o parâmetro definido para concentração

moderada.

A importância destas medidas adicionais remete a análise para a área da dimensão do cliente, a qual possui um papel fundamental na evolução do processo da liberalização do mercado. Como foi mencionado no capítulo quatro, a ERSE tem efetuado vários esforços no sentido de preservar os direitos dos consumidores e torná-los mais conhecedores das características do mercado.

De forma a criar uma relação de maior proximidade com o cliente, a ERSE implementou o Programa do Consumidor 2008-2009 e 2010-2011, que consistiu em concentrar as ações desenvolvidas por esta entidade mais vocacionadas para a defesa dos direitos e interesses do consumidor. Algumas destas ações são o “ABC do Consumidor de Energia”¹¹⁴, onde se podem consultar algumas dicas e conselhos, e a ERSEFORMA¹¹⁵, que consiste num conjunto de ações de formação sobre vários temas dentro da área da liberalização do mercado da energia elétrica.

No que se refere à capacidade de intervenção da ERSE, além de ter sido amplificada com as competências sancionatórias já referidas, com a publicação do Despacho n.º 9244/2009, passou a poder estabelecer o conteúdo e a desagregação da informação que lhe é enviada pelos comercializadores sobre os preços praticados, consequentemente melhorando o processo de recolha e a qualidade da informação de preços que lhe é transmitida.

Relativamente à evolução dos preços praticados em Portugal, foi adotada uma metodologia de verificação evolutiva nos últimos anos, de acordo com os dados do EUROSTAT, que revelaram um crescimento constante mas controlado dos preços devido à intervenção política que se verifica. A comparação dos preços praticados pelos vários comercializadores a atuar em Portugal foi feita através da consulta do documento “Preços de referência no mercado liberalizado da energia elétrica”¹¹⁶, atualizado a junho de 2014, verificando-se uma enorme similitude nos preços praticados pelos vários comercializadores, reduzindo-se as diferenças, a maior parte das vezes, a centésimas de cêntimo/KW, tornando a escolha de fornecedor uma decisão complexa.

No entanto, frisou-se que à parte do preço da energia, a TVFC é composta por

¹¹⁴ Disponível in

<http://www.erse.pt/pt/formacaodoconsumidor/Paginas/ABCdoConsumidor.aspx>

¹¹⁵ Disponível in

<http://www.erse.pt/pt/formacaodoconsumidor/Paginas/erseforma.aspx>

¹¹⁶ Disponível in

http://www.erse.pt/pt/Simuladores/Documents/Pre%C3%A7osRef_BTN.pdf

outras tarifas (como o défice tarifário e os contratos CMEC) que "empurram" o valor final a pagar pelo consumidor, invariavelmente para cima.

CONCLUSÃO

O processo de liberalização com a consequente introdução de concorrência nos mercados de geração e comercialização de eletricidade, alteraram drasticamente o paradigma do setor elétrico. As atividades de planeamento e operação do parque produtor passaram a ser efetuados por empresas privadas, que têm como principal objetivo a maximização dos seus lucros. O segmento da transmissão manteve-se um monopólio regulado, sendo gerido por um operador de sistema de transmissão. Estas mudanças estruturais no sistema elétrico conduziram à criação de mercados de energia.

Teoricamente, e a longo prazo, a reestruturação da indústria elétrica incentiva a expansão eficiente e a redução dos custos globais do sistema. No entanto, os níveis de concentração atuais no mercado da eletricidade permanecem elevados e os obstáculos à concorrência subsistem.

No quinto capítulo desta dissertação analisamos uma concreta distorção à concorrência no mercado elétrico português que se prende com os contratos CMEC. Estes incentivos foram criados para garantir a prossecução da atividade de produção de energia elétrica, sendo certo que, decorridos anos sobre a sua criação, a manutenção dos mesmos conduziu, *a final*, à criação de distorções num mercado que se pretende concorrencial. Daí que exista uma necessidade premente de renegociar estes contratos, por forma a baixar as compensações que o Estado atribui à empresa incumbente - a EDP. Também o crescimento continuado do preço das matérias-primas nos mercados internacionais tem feito com que os preços da eletricidade tenham vindo a crescer reiteradamente nos últimos anos.

Através da leitura desta dissertação foi possível verificar que o objetivo traçado pela UE de atingir um Mercado Único Europeu da Energia ainda se encontra um pouco distante. No entanto, é perceptível o esforço implementado pela Comissão Europeia e pelas entidades reguladoras nacionais para tornar o mercado mais competitivo e transparente.

A liberalização do mercado constituiu um desafio para toda a Europa e, como

tal, sofreu várias vicissitudes ao longo da sua implementação tendo esta dissertação remetido também para a análise das mesmas.

Foram analisados quatro efeitos da entrada de novos comercializadores, no mercado português, pelo processo de liberalização, tendo vindo a verificar-se algum grau de diminuição na concentração do mercado e a perda pontual de direitos dos consumidores por falta de informação. Assistimos também a um inequívoco aumento da capacidade de intervenção da entidade reguladora setorial, que possui agora poderes sancionatórios diretos. Quanto aos preços praticados para os consumidores domésticos portugueses, temos assistido a um aumento gradual e constante, não se tendo ainda verificado as esperadas diminuições resultantes do processo concorrencial.

Em Portugal - através da utilização do índice HHI e tendo em consideração que se possuem dados até 2012 - é visível alguma diminuição da concentração, apesar de ser algo precipitado afirmar que a breve trecho se atingirá o nível moderado, pois o valor de concentração de 2651, registado em 2012, encontra-se ainda distante desse patamar.

No que toca aos direitos dos consumidores, verificamos a existência de algumas limitações no acesso e transparência da informação. Apesar desta realidade e tendo em consideração que imediatamente a seguir à sua identificação pela Comissão Europeia e pela ERSE, foram tomadas medidas no sentido de serem restabelecidos e definidos na lei, tudo leva a crer que a tendência progrida no sentido de serem respeitados os direitos dos consumidores. Neste campo, a medida que poderá ser considerada mais emblemática, foi a elaboração do “Regulamento da Qualidade de Serviço do Setor Elétrico”¹¹⁷ por cada país da UE, estando acessível a qualquer consumidor, nas várias línguas oficiais.

Relativamente ao aumento da capacidade de intervenção das entidades reguladoras, a publicação de diplomas legais com o intuito de reforçar as suas áreas de competência, nomeadamente a Lei n.º 9/2013, de 28 de janeiro, veio introduzir competências sancionatórias, permitindo assim à entidade reguladora nacional aplicar diretamente sanções às situações de infração detetadas.

Por último, no que se refere à redução dos preços praticados aos consumidores finais no mercado doméstico português, verificamos que não tem sido essa a tendência no mercado Português, mantendo-se uma certa situação de letargia concorrencial.

¹¹⁷ Elaborado no seguimento da Diretiva 20/2013, de 14 de fevereiro, do Parlamento Europeu e do Conselho.

Podemos assim concluir que a liberalização do mercado da energia elétrica e a consequente introdução de concorrência, embora constitua o caminho natural para o mercado elétrico português, não garante a curto ou médio prazo a descida dos preços praticados ao consumidor final.

Na verdade, os sucessivos Governos não têm resistido à tentação eleitoralista de fixar a tarifa regulada abaixo dos custos de operação do sistema, à semelhança do que acontecia no setor dos combustíveis líquidos, criando desse modo um défice tarifário que inevitavelmente terá que ser pago. Apesar da liberalização, e do fim das tarifas reguladas, adivinha-se que os efeitos positivos da concorrência não serão suficientes para compensar o pagamento do défice acumulado, pelo que os preços da eletricidade deverão continuar a aumentar, até se atingir uma "estabilização em alta".

Resta continuar a percorrer o caminho até ao objetivo do efetivo Mercado Único Europeu da Energia por forma a garantir a dinamização do mercado de produção e comercialização de energia elétrica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, F., *Introdução à economia*, Vol. 1.º, 3ª Edição, Almedina, 2012, pp. 48 e ss.
- CAPELO, J., ESTEVES, J., MILHEIRAS, H., TORRES, P., *ERGEG South-west Electricity REM: First achievements and market coupling* in 5th International Conference on European Electricity Market, 2008, pp. 1-7.
- CATALÃO, J. P. S., *Novas Metodologias de Otimização em Sistemas de Energia Hidrotérmicos*, in Universidade da Beira Interior, 2006, p. 155.
- CHEBEL-HORTSMANN, N., *La régulation du marché de l'électricité (concurrence et accès réseaux)*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 146.
- COSTA, A., *Novo Regime Jurídico da Concorrência: Anotado e Comentado*, Vida Económica, 2014, p. 14 e ss.
- GONÇALVES, P., *Concorrência e Contratação Pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)*, Revista de contratos Públicos, n.º 1, 2012, pp. 483 e ss.
- GONÇALVES, P., *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações - Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, Coimbra Editora, 2008, p. 116.
- GOMES, B. S., *Simulador dos Operadores de Mercado e de Sistema num Mercado de Energia Elétrica considerando Restrições Intertemporais*, Faculdade de Engenharia da Universidade do Porto, 2005, p.79
- HAVERBEKE, D., *Strengthening European Regulatory Powers*, Eur Energy Rev, p. 25
- HENRIQUES, M., CUNHA, C., *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, Almedina, 2013, pp. 124-129.
- JOSKOW, P. L., *California's electricity crisis*, in <http://web.mit.edu/ceer//2001-2006.pdf> (16-07-07)

KHAN, A., *The Economics of Regulation*, Volume I, MIT Press, 1989, pp. 1 a 19

KOCH, H., "Control and governance in the restructured electricity industry", *Florida State University Law Review*, vol. 27, 2010, p. 159.

LOURENÇO, M., *O setor da eletricidade em Portugal - O papel da EDP Soluções Comerciais*, Coimbra Editora, 2010, p.142.

MENDES DE SOUSA, J.A., *Integração de mercados liberalizados de energia elétrica com aplicações ao MIBEL*, Universidade Nova de Lisboa, 2005, p.27.

MIRA AMARAL, L., *Energia e Mercado Ibérico*, Booknomics, 2006, p. 56 e 57.

MOTTA, M., *Competition policy: theory and practice*, Cambridge University Press, 2004, p. 305.

NABAIS, J., SILVA, S., *O Memorando da "Troika" e as Empresas*, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Colóquios - n.º 5, Almedina, 2012, p 12.

NEWBERY, D. M., *Privatization, restructuring and regulation of network utilities*, Cambridge (Massachusetts), MIT Press, 2000, p. 239.

PEDRAS, R., *A Regulação do MIBEL e Perspetivas de Evolução*, Seminário APOCEEP, 2006, p. 14.

PEREIRA, P. T., AFONSO, A., ARCANJO, M., SANTOS, J. C. G., *Economia e Finanças Públicas*, 3.ª Edição, Escolar Editora, pp. 61 a 63.

PIAZUELO, C., *El transporte de energía eléctrica (régimen jurídico de la nueva regulación de la energía)*, Madrid, Civitas, 1997.

SÁ, A.R., *Simulador dos Operadores de Mercado e de Sistema em Mercados de Eletricidade adotando um modelo AC*, Faculdade de Engenharia da Universidade do

Porto, 2003, p.133.

SAMUELSON, P., NORDHAUS, W, "Economia", 19ª Ed., 2011, McGrawHill, p. 45.

SPULBER, D., *Regulation and Markets*, MIT Press, 1989, pp. 8 a 12 e 463 a 536.

VISCUSI, W., VERNON J. e, HARRINGTON, J., *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, MA, 1995 p.237

VITAL MOREIRA, *Os caminhos da privatização da Administração Pública - Serviço Público e Concorrência. A Regulação do setor elétrico*, Coimbra Editora, 2001, p. 237 ss.